Dr. Ferdinand Mackeldey's

Lehrbuch

des

Römischen Rechts.

Vierzehnte vielfach veränderte Original-Ausgabe,

besorgt durch

Dr. Johann Adam Fritz,

Großherzoglich Badischen Hofrath und ordentlichen Professor der Rechte zu Freiburg,
Ritter des Ordens vom Zähringer Löwen

Zweiter Band.

Besonderer Theil.

Wien.

Druck und Verlag von Carl Gerold's Sohn.

1863.

„Utinam, qui hoc tempore ius nostrum interpretantur, Papinianum imitati, quae vel falso vel inepte aliquando et senserint, et scripserint, ingenue retractent, nec eis contra quam postea resciverint, tam obstinato tamque obfirmato animo, ut faciunt, perseverent."

CUJACIUS in Observ. L. II. c. 37.
(Edit. Neap. T. III. p. 53.)

Vorrede

zum zweiten Bande der dreizehnten Ausgabe.

Zu der in dem ersten Bande sich findenden Vorrede hat der Herausgeber in Beziehung auf den zweiten Band Folgendes nachzutragen:

Den dort bezeichneten Plan suchte er auch in diesem Bande durchzuführen. Dieses Bestreben veranlaßte ihn, in einer Lehre mehr zu geben, als er zugesagt hatte. Er glaubte nämlich, anstatt der ausführlichen Darstellung des heutigen Concursrechtes, die allerdings hinwegfallen mußte, einen Abschnitt über die entsprechende Lehre des Römischen Rechtes (§. 483 ff.) aufnehmen zu müssen.

Die angekündigten Mittheilungen aus der innern Geschichte des Römischen Rechtes sind größtentheils in Anmerkungen enthalten. Nur zuweilen ist der Geschichte ein neuer Paragraph gewidmet, wie z. B. §. 257, der von der Geschichte der Eigenthumsersetzung, und §. 303, der (wenigstens beinahe ausschließlich) von dem Ursprunge des Pfandrechtes handelt, ferner §. 614 b. und 614 c., worin von zwei Punkten aus der Lehre von der Bonorum Possessio, und §. 685 c., worin von der Geschichte der Caducität die Rede ist. Eine neue geschichtliche Einleitung bildet einen besondern Titel, nämlich die in die Lehre von der Intestaterbfolge (614 e. ff.). Auch kann man von dem oben erwähnten neuen Abschnitt: „von den Zwangsmaßregeln gegen Schuldner überhaupt und dem Concurs der Gläubiger insbesondere," wohl sagen, daß er sich eben so sehr mit dem ältern als mit dem Justinianeischen Rechte beschäftige.

Von der bisherigen Ordnung weicht die neue Ausgabe im zweiten Bande wenig ab. Die meisten Abweichungen finden sich im Obligationenrechte. Bisher wurden die einzelnen Obligationen aus Verträgen in fünf Titeln abgehandelt; den beiden Titeln „von den Contracten" und „von den Pactis" waren nämlich noch drei weitere Titel beigegeben mit den Ueberschriften: „von den Vergleichen", „von den Sicherungsverträgen" und „von den verbotenen Verträgen". Der Herausgeber hat nun, mit früheren Recensionen in diesem Punkte einverstanden, die drei letzten Rubriken gestrichen und den ganzen Stoff in die beiden zuerst genannten Titel vertheilt. Außerdem sind die Obligationen, denen der letzte Titel des „von der Entstehung der Obligationen" handelnden Abschnittes gewidmet ist (§. 496 ff.), neu geordnet worden, und in dem Abschnitte „von der Beendigung der Obligationen" haben namentlich die Lehren von der acceptilatio und dem contrarius consensus, die früher ein besonderes Kapitel bildeten (§. 485.), eine andere Stellung erhalten. Kleinere Versetzungen sind auch außer dem Gebiete des Obligationenrechtes hin und wieder vorgenommen worden. So wurde z. B. die partitio legata, von welcher bisher in dem Kapitel „von den Singularvermächtnissen" die Rede war, in das Kapitel „von den Universalvermächtnissen" (§. 726 und 729 b.) aufgenommen.

Schließlich bittet der Herausgeber, bei Beurtheilung der neuen Bearbeitung auch auf die Zeit, die ihm dafür zugemessen war, und die er leider etwas überschreiten mußte, geneigte Rücksicht zu nehmen.

Freiburg im Breisgau, im Januar 1852.

J. A. Fritz.

Vorrede
zum zweiten Bande der vierzehnten Auflage.

Die im ersten Bande sich findende Vorrede gilt für die ganze neue Bearbeitung, auch für die des zweiten Bandes. Ueber diese hat der Herausgeber Folgendes nachzutragen:

Die Stellung der einzelnen Lehren betreffend, ist nur eine kleine Aenderung gemacht worden, indem der Lex Rhodia de jactu, die in der dreizehnten Auflage in der Anmerkung zu §. 474 vorkam, diejenige Stelle angewiesen wurde, die dort schon als die richtige bezeichnet ist, nämlich in der Lehre von dem Miethcontract, wo der §. 383 a. ihr ausschließlich gewidmet ist.

Das Register ist bedeutend vermehrt und verbessert worden.

Damit das Erscheinen des zweiten Bandes nicht noch länger verzögert werde, mußte der Herausgeber darauf verzichten, die Druckfehler und die sonstigen Versehen, die sich in dem Buche finden, sorgfältig aufzusuchen und zu verzeichnen und auf neue Schriften, die in dem Buche selbst nicht mehr berücksichtigt werden konnten, aufmerksam zu machen; er mußte sich auf einige „Berichtigungen und Zusätze" beschränken.

Freiburg im Breisgau, im August 1863.

J. A. Fritz.

Allgemeine Uebersicht des Inhalts

des zweiten Bandes.

Besonderer Theil.

Drittes Buch. Familienverhältnisse und deren Einfluß auf die Vermögensverhältnisse.

Viertes Buch. Erbrecht.

Besonderer Theil.

---

§. 206.

Das s. g. Römische Institutionen-System (*a*).

Das System, nach welchem die ersten Elemente des Römischen Privatrechts in den Institutionen von Gajus und Justinian (*b*) dargestellt werden, zerfällt in drei Haupttheile, nämlich in die Lehren von den Personen, von den Sachen und von den Klagen (*c*). Der erste Haupttheil handelt von Eintheilungen der Menschen, welche ihre Rechts- und Handlungsfähigkeit betreffen (*d*), wobei denn auch einige Familienverhältnisse berührt werden müssen (*e*). Der zweite Haupttheil (*f*) handelt von den verschiedenen Arten von Sachen im juristischen Sinne und von der Erwerbung der körperlichen Sachen, oder mit anderen Worten des Eigenthums an denselben, sowie von der Erwerbung und, so weit er vorkommen kann, von dem Verluste der vorzugsweise sogenannten unkörperlichen Sachen, nämlich der Servituten, der Erbschaften (*g*) und der Obligationen (*h*). Gelegentlich wird hier auch Einiges aus dem sogenannten angewandten Familienrechte, d. h. von dem Einfluß der Familienverhältnisse auf die Vermögensverhältnisse (*i*), und von dem Pfandwesen (*k*) erwähnt (*l*). So kommt denn in diesem Haupttheile das Wichtigste aus der Lehre von dem Vermögen zur Sprache. Der dritte Haupttheil (*m*) endlich handelt von der gerichtlichen Geltendmachung der privatrechtlichen Befugnisse, besonders von den Actionen im engeren Sinne, von den Exceptionen, Präscriptionen und Gegeneinreden und von den Interdicten. Uebrigens werden in dem letzten Abschnitte des zweiten Haupttheiles, nämlich in der Lehre von den Schuldforderungen, manche einzelne Klagen und selbst einige Exceptionen gelegentlich schon erwähnt (*n*), während in dem ersten Haupttheile und in den übrigen Abschnitten des zweiten Haupttheiles von der gerichtlichen Geltendmachung der dort zur Sprache kommenden Rechtsverhältnisse noch keine Rede ist.

(*a*) Ueber den geschichtlichen Zusammenhang zwischen diesem und den übrigen Römischen Systemen des Privatrechts s. besonders: Burk. Wilh. Leist Vers. einer Geschichte der Röm. Rechts-Systeme. Rost. u. Schwerin. 1850. Von dem Institutionen-System handelt er im §. 16.

(*b*) Gaj. I. 8. — §. 12. J. 1. 2. Ebenso im Wesentlichen in Ulpian's liber singularis regularum, woraus seine Fragmente sind. Ueber eine ähnliche Ordnung in Hermogenian's Epitomae, welche nicht ohne Einfluß auf die Pandekten geblieben ist, s. fr. 1. D. 1. 5. und Leist S. 74. Ueber die Ordnung der Institutionen von Marcian und Florentinus s. Dens. S. 57 ff.

(*c*) Vergl. oben §. 115 *a*. Ueber den Begriff und Inhalt dieser drei Theile ist man immer noch nicht ganz einig. Den meisten Beifall findet aber die Ansicht von Böcking in s. Institutionen B. 1. S. 161 ff. (2te Ausg. Anh. VI.) in dem Anhang zu der

Göschen-Lachmann'schen (1841) und zu seiner eigenen Ausgabe des Gajus (s. oben §. 47. Anm. *b*) und bei Gneist synt. p. 343 seq., welcher auch die folgende kurze Darstellung sich fast ganz anschließt. Vergl. jedoch die Note (*g*) und den Text der Note (*n*). — Unrömisch sind die Benennungen: ius personarum, ius rerum und ius actionum. v. Savigny Syst. B. 1. S. 401. Note *m*.

(*d*) Es sind zwei Haupteintheilungen mit Untereintheilungen: 1. die Eintheilung in freie Menschen und Sclaven, mit der Untereintheilung der ersteren in Freigeborene und Freigelassene, wobei denn die drei ehemaligen Arten von Freigelassenen zur Sprache kommen; 2. die Eintheilung in Menschen, die sui iuris, und solche, die alieno iuri subjecti sind, mit der Untereintheilung der letzteren in servi, filiifamilias u. s. w. und mit der Untereintheilung der ersteren in vollkommen handlungsfähige und in solche, die unter Tutel oder Curatio stehen. Dieser erste Haupttheil wird in dem ersten der vier Bücher abgehandelt.

(*e*) Nämlich vor Allem die verschiedenen Arten von alienum ius, sodann in der Lehre von der Erwerbung der patria potestas Einiges von der Ehe, und in der Lehre von den Personen, welche nicht vollkommen handlungsfähig sind, Einiges von der Tutel und von der Curatio. In der letzteren Beziehung gehen Justinian's Institutionen etwas weiter als die von Gajus. Berührt wird natürlich auch der Patronat in der Lehre von den Freigelassenen. Als die eigentliche Aufgabe des ersten Haupttheiles sieht das Familienrecht an: v. Savigny Syst. B. 1. §. 59.

(*f*) Er ist der größte und wird von Gajus in zwei Büchern, dem zweiten und dritten, abgehandelt, während jedem der beiden anderen Haupttheile nur ein Buch (das erste und das vierte) gewidmet ist. In Justinian's Institutionen, wo die Lehre von den Actionen wegen des Hinwegfallens der legis actiones und der formulae viel kürzer ist als bei Gajus, sind die fünf letzten Titel des zweiten Haupttheiles in das vierte Buch gestellt, so daß hier der dritte Haupttheil erst mit L. IV. T. 6. beginnt.

(*g*) Bei dem Uebergang zu der Lehre von den Erbschaften wird ihre Eigenschaft als res incorporales allerdings nicht herausgehoben, sondern die, daß hier per universitatem res nobis acquiruntur. Gaj. II. §. 97. — §. 6. J. 2. 9. Vergl. Gaj. III. §. 77 seq. Inst. L. III. T. 11. 13. Allein s. auch: Gaj. II. §. 12. 14. 28. 34 seq., ferner §. 2. u. tot. tit. Inst. 2. 2.

(*h*) Bei dem Uebergang zu dieser Lehre wird zwar nicht herausgehoben, daß und warum sie in den zweiten Haupttheil gehört, Gaj. III. §. 88. — pr. J. 3. 4.; allein s.: Gaj. II. §. 12. 14. 28. 38. 39. — pr. §. 2. J. 2. 2.

(*i*) Von der Unveräußerlichkeit des fundus dotalis und von der Veräußerung der Sachen der Bevormundeten ist die Rede bei Gaj. II. §. 62—64. §. 80 seq. und in pr. §. 2. J. 2. 8. (quib. alienare licet vel non.) Von dem Einfluß des alienum ius auf die Vermögensverhältnisse handelt: Gaj. II. §. 86—96. III. §. 163—167. Inst. Just. II. 19. (per quas personas cuique acquiritur.) III. 17. [18.] (de stipulatione servor.) III. 28. [29.] (per quas personas nobis obligatio acquiritur.) So weit es sich zunächst um besondere Klagen handelt, die wegen der Handlungen der alieno iuri subjecti gegeben werden, ist davon erst im dritten Haupttheile die Rede. S. Gaj. IV. §. 69 seq. Inst. IV. 7. (quod cum eo, qui in aliena potestate est, negotium gestum esse dicitur.) IV. 8. (de noxalibus actionib.)

(*k*) Von der Veräußerung der Pfänder ist die Rede bei Gaj II. §. 62. 64. und in pr. §. 1. J. 2. 8. (quib. alienare licet vel non), und von den durch den Pfandcontract entstehenden Obligationsverhältnissen im §. 4. J. 3. 14. (3. 15.)

(*l*) Nicht minder werden die Legate und Fideicommisse nebst den Codicillen bei Gelegenheit der testamentarischen Erbfolge abgehandelt. Gaj. II. §. 191—289. — Inst. L. II. Tit. 20—25.

(*m*) Bei Gajus das vierte Buch, in Justinian's Institutionen der größte Theil desselben. S. oben Note *f*.

(*n*) Dies ist das Wahre an der Behauptung des Theophilus ad pr. J. 3. 13. (3. 14.), daß in der Lehre von den Obligationen schon ein Theil der Lehre von den Actionen vorgetragen werde. Er sagt aber in Beziehung auf die Institutionen zu wenig, wenn er nur behauptet, indem sie die Obligationen abhandeln, handeln sie stillschweigend auch von Klagen. Dabei übersieht er offenbar den Grund, aus welchem die Lehre von den Obligationen dennoch dem zweiten Haupttheile angehört, und dieses erklärt sich wohl einigermaßen aus dem, was oben in den Noten *g* und *h* herausgehoben worden ist. Daß er über den Grund, aus welchem Gajus der Lehre von den Obligationen diese Stelle anweist, nicht mit sich im Reinen war, das ergibt sich namentlich

auch daraus, daß er ad pr. J. 4. 9. die Lehre von den Obligationen nicht, wie früher, als den Anfang des dritten Haupttheils, sondern als eine zwischen die Lehre von den Sachen und die von den Klagen eingeschobene Lehre bezeichnet. Uebrigens sind manche Schriftsteller wegen der Aeußerungen des Theophilus und wegen der Verwandtschaft zwischen Forderungsrechten und Klagerechten der Ansicht, daß die Lehre von jenen in den letzten Haupttheil gehöre und daß dieser als die Lehre von den Obligationen und den Klagen (gewöhnlich sagt man: ius obligationum et actionum) zu bezeichnen sei, besonders: Hugo civ. Mag. B. 4. Nr. 1. B. 5. Nr. 15. B. 6. Nr. 15. — Gust. Theod. Lud. Marezoll Comm. de ordine Institutionum. Gött. 1815. — Haubold inst. iur. Rom. ed. Otto. Lips. 1826. — Welcker jur. Encycl. S. 667. Dagegen s. besonders: Thibaut Versuche B. 2. Nr. 1. S. 21. u. Dessen Syst. des Pandektenrechts §. 6. — Aug. Guil. Heffter Gaji comm. IVtus; in observ. pag. 3—6. — Carl Ed. Weiß über die Stellung der Lehre von den Obligationen im heutigen Römischen Recht. Gießen 1828. — Böcking Instit. a. a. O. S. auch: G. Chr. Burchardi Grundzüge des Rechtssystems der Römer. Bonn 1822. §. 33. 36. — du Roi im Arch. für die civ. Pr. B. 6. S. 432. §. 27. — v. Savigny Syst. a. a. O. S. 401 ff. — Leist a. a. O. S. 77 und 78.

§. 207.

Uebersicht der hier zu befolgenden Ordnung.

Die Ordnung der Institutionen, welche auch in den sechs ersten Ausgaben dieses Lehrbuches befolgt worden ist, bietet indeß bei dem Vortrage des Römischen Rechts mancherlei Schwierigkeiten und Unbequemlichkeiten dar (*a*). Diese haben vorzüglich ihren Grund theils in der Trennung des angewandten vom reinen Familienrechte (*aa*), theils in der Trennung der Actionen von den Rechtsverhältnissen, auf welche sie sich beziehen, theils endlich in der Stellung des Erbrechts (*b*). Es wird daher, zumal da die allgemeinen Lehren aus dem ganzen Rechtssysteme bereits vorgetragen sind, zweckmäßiger sein, bei der Darstellung der speciellen Lehren eine andere, und zwar diejenige Ordnung zu befolgen, welche zuerst von Hugo für das heutige Römische Recht aufgestellt (*c*), von diesem selbst zwar später wieder aufgegeben (*d*), von Heise aber angenommen (*e*) und seitdem in den meisten neueren Lehrbüchern und Grundrissen befolgt worden ist (*f*). Sie ist, nach Ausscheidung der allgemeinen Lehren, im Wesentlichen folgende: 1. die Lehre von dem Besitze (*g*) und den dinglichen Rechten (*h*); 2. die Lehre von den Forderungen; 3. die Lehre von den Familienverhältnissen und ihrem Einfluß auf das Vermögen; 4. die Lehre von den Verlassenschaften (*i*).

(*a*) Vergl. auch: Hugo civ. Mag. B. 4. S. 227.

(*aa*) Auch darin, daß sich weder für das vollständige reine, noch für das vollständige angewandte Familienrecht eine bestimmte Stelle in dem Institutionen-System findet.

(*b*) Da nämlich hier von dem Schicksale der Forderungen und Schulden des Erblassers ebenso die Rede ist, wie von dem Schicksale seines Eigenthums und seiner dinglichen Rechte an fremden Sachen, so ist es am zweckmäßigsten, das Erbrecht erst nach der Lehre von allen diesen einzelnen Arten von Vermögensverhältnissen abzuhandeln.

(*c*) In der ersten Ausgabe seiner Institutionen des heutigen Röm. Rechts. Berlin 1789. (S. darüber Dessen civ. Mag. B. 1. Nr. 15. und Beitrag zur civ. Bücherkenntniß B. 1. S. 89—103.)

(*d*) In der 2ten Ausg. seiner Institutionen und seiner Rechtsgeschichte von 1799. (Beitr. B. 1. S. 428. B. 2. S. 727—732.) Seitdem befolgt derselbe in beiden Büchern das Institutionen-System nach seiner Auffassung desselben.

(*e*) Arn. Heise Grundriß eines Systems des gemeinen Civilrechtes zum Behuf von Pandekten-Vorlesungen. 1ste Ausgabe. Heidelberg 1807. (Siehe darüber: Hugo Beitr. B. 1. S. 518. B. 2. S. 563. 711.) 2te Ausgabe 1816. 3te Ausgabe 1819. 4te Ausgabe 1824.

(*f*) S. auch v. Savigny Syst. B. 1. §. 58.

(*g*) Den Besitz handeln Manche mit Heise im allgemeinen Theile ab.

(*h*) Den Ausdruck Sachenrecht als Bezeichnung dieser Lehre vermeiden wir, weil er nach unserer Ansicht über das römische Institutionensystem einen weiteren Begriff bezeichnet. Des Ebenmaßes wegen haben wir denn im Texte auch für die Lehren unter 2—4 die Ausdrücke Obligationenrecht, Familienrecht und Erbrecht gestrichen, gegen welche an sich nichts Erhebliches einzuwenden ist.

(*i*) Ueber die *in integrum restitutio*, welcher Mackeldey, wie Heise, ein eigenes Buch, das fünfte des besonderen Theiles, widmete, und über das Concursrecht s. die Vorreden zur 13. Auflage.

Erstes Buch.

Besitz und dingliche Rechte.

---

§. 208.

Begriff und allgemeine Natur der dinglichen Rechte.

Ein dingliches Recht überhaupt heißt ein solches, welches Jemanden unmittelbar an einer Sache zusteht, die eben dadurch seiner rechtlichen Herrschaft und Willkür entweder in allen oder doch in gewissen Beziehungen unterworfen ist (*a*). Aus dem Begriffe und der Natur eines dinglichen Rechts ergeben sich nun folgende allgemeine Grundsätze: 1. Jedes dingliche Recht begründet die rechtliche Möglichkeit, über die Sache zu verfügen und unterscheidet sich dadurch wesentlich von dem bloßen Besitz der Sache, oder der physischen Möglichkeit, über dieselbe zu verfügen. Das dingliche Recht ist daher auch nicht bedingt durch den Besitz der Sache und es geht nicht verloren, wenn auch der Besitz der Sache, woran es zusteht, verloren geht. 2. Jedes dingliche Recht ist an und für sich ein absolutes Recht, d. h. es steht dem Berechtigten unmittelbar an der Sache selbst gegen Jeden zu und läßt sich denken ohne alle Beziehung auf eine bestimmte verpflichtete Person (§. 15.). Ihm gegenüber steht nur die allgemeine negative Pflicht Aller, den Berechtigten in der Ausübung seines Rechts nicht zu stören (§. 16.). Dadurch unterscheidet es sich wesentlich von den Obligationen- oder Forderungsrechten (§. 15 u. 16.). 3. Jedes dingliche Recht kann von dem Berechtigten mit einer in rem actio gegen Jeden geltend gemacht werden, welcher die Sache besitzt, oder es ihm überhaupt streitig macht (*b*). 4. Jedes dingliche Recht muß nothwendig aufhören, wenn die Sache, woran es zusteht, zu Grunde geht (*c*).

(*a*) Ueber den Begriff von dinglichem Recht: Thibaut Versuche B. 2. nr. 1. — Feuerbach civ. Vers. B. 1. Nr. 8. — Unterholzner a. a. O. S. 161 ff. — Ge. Aug. Guil. du Roi Spec. observationum de iure in re. Heidelb. 1812. (Darüber: Hugo in den Gött. gel. Anz. 1813. S. 145.) — du Roi im Arch. für die civ. Pr. B. 6. S. 252 ff. u. S. 386 ff. (Darüber: Hugo in den Gött. gel. Anz. 1824. S. 761. und Thémis Tom. 8. P. 2. pag. 1. Tom. 9. pag. 34.) — Schweppe jur. Mag. Heft 1. S. 13. — v. Savigny Syst. B. 1. §. 56 ff.

(*b*) §. 1. J. 4. 6. — Gajus IV. 3. — fr. 25. pr. D. 44. 7. — du Roi a. a. O. S. 416.

(*c*) fr. 8. pr. D. 20. 6. Vergl. fr. 23. D. 7. 4. — fr. 14. D. 8. 6.

§. 209.

Arten der dinglichen Rechte nach Römischem Rechte. — Besitz.

Das Römische Recht unterscheidet bei den Rechten an einzelnen Sachen dominium und iura in re. Letztere sind zu betrachten als einzelne vom Eigenthume abgelöste Bestandtheile desselben, die als besondere Rechte einem Anderen außer dem Eigenthümer an der Sache zustehen (*a*). Die Neueren nennen sie deshalb auch iura in re aliena. Es gehören dahin: die Servituten, die Emphyteusis, die Superficies und das Pfandrecht (*b*). Ob außer dem Eigenthume und den eben genannten iura in re auch noch das Erbrecht, als das Recht des Erben an der von ihm erworbenen Erbschaft, zu den dinglichen Rechten zu zählen sei, davon unten im vierten Buche. — Der Besitz hingegen ist, an und für sich betrachtet, gar kein Recht, sondern nur ein factischer Zustand (*c*), hat aber unter gewissen Voraussetzungen allerdings auch juristische Folgen, namentlich wird der Besitzer als solcher unter diesen Voraussetzungen gegen ordnungswidrige Angriffe auf seinen Besitz durch die Gerichte geschützt (*d*). Eben darum schicken wir die Lehre vom Besitze, als einem provisorischen Rechtszustande, der Lehre vom Eigenthume und von den dinglichen Rechten voraus.

(*a*) Waechtler Diss. de iure in re. Viteb. 1682. (Auch in: Thomasii Diss. Lipsiens. Lips. et Hal. 1696. pag. 235—296.) — Ulr. Huber animadv. ad ius in re: in Digress. Iustin. Lib. 4. c. 10. — v. Savigny Recht des Besitzes, 6te Ausgabe S. 119 ff. — Zimmern Römisch-rechtl. Untersuchungen S. 102. — S. auch die unten §. 274. Note *a*. angef. Schriften.

(*b*) Andere Ansichten und Meinungen haben: Jac. Born Diss. de iure in re. Lips. 1662. — Henr. Hahn Diss. de iure rerum et iuris in re speciebus. Ed. noviss. Helmst. 1664. — Dan. Nettelbladt Diss. de iure in re, quae est res nullius. Hal. 1779. — J. F. Rappolt (praes. H. G. Scheidemantel) Diss. de numero specierum iuris in re. Stuttg. 1786. Man sehe auch die §. 208. Note *a*. angeführten Schriften, ferner Glück Comm. Th. 2. §. 178. und die unten §. 303 Note *i*. anzuführenden, das Wesen des Pfandrechts betreffenden Schriften.

(*c*) fr. 1. §. 3. D. 41. 2. — „possessio facti non iuris est." v. Savigny Recht des Besitzes §. 2—6. Vergl.: du Roi observ. de iure in re. Heidelb. 1812. obs. 1. §. 1. — Schweppe in s. jurist. Mag. Heft 1. S. 39. — Gans Syst. des Röm. Civilr. S 211. — Puchta im Rhein. Museum für Jurisprudenz Jahrg. 3. S. 289. — Rudorff in der Zeitschrift für gesch. RW. B. 7. S. 94. — Fr. v. Thaden über d. Begriff des Röm. Interdictenbesitzes. Hamb. 1833. — G. Hasse im Rhein. Museum f. Jurispr. Jahrg. 6. S. 183 ff. — v. Meysenbug Servius 1. Heft. Berl. 1834. S. 113 ff. — Rauh Geschichte der Lehre vom Besitz. 1834. — Huschke über die Stelle des Varro von den Liciniern, nebst einer Zugabe über Fest. v. Possessiones und Possessio. Heidelb. 1835. S. 75 ff., besonders S. 99—110. — Ueber diese Schriften: v. Savigny a. a. O. 6te Aufl. S. 40 ff. — E. Gans über die Grundlage des Besitzes. Berl. 1839. (Darüber: Schaaff Gans' Kritik gegen Hrn. v. Savigny Berl. 1839, und darüber: Huschke in Richter's Jahrb. B. 5. (1839.) S. 292 ff)

(*d*) fr. 49. pr. D. 41. 2. — „plurimum ex iure mutuatur possessio" — fr. 49. §. 1. ibid. — „possessio non tantum corporis, sed et iuris est." Vergl. auch noch: Göschel zerstreute Blätter. Th. 1. S. 297 ff. S. 360 ff.

Erstes Capitel.

Vom Besitze.

Quellen: Gajus IV. 138--170. — Inst. IV. 15. — Dig. XLI. 2. 3. XLIII. 16—23. 26. 31. — Cod. Theod. IV. 22. 23. — Cod. Iust. VII. 32. VIII. 4. 5. 6. 9.

Literatur: DONELLI comm. iur. civ. Lib. 5. cap. 6—13. — CUJACII recitat. ad Dig. et Cod. h. t. (in Oper. T. 8. 9.) — FRANC. RAMOS del Manzano ad tit. Dig. de acquirenda poss. in MEERMAN Thes. Tom. 7. p. 78—114. — JOS. FERNANDEZ DE RETES ad eund. tit. Dig. Ibid. T. 7. p. 454—539. — POTHIER traité de la possession et de la préscription. Paris et Orléans 1772. Nouv. edit. Paris 1807. — Westphal System des Röm. Rechts über die Arten der Sachen, Besitz u. s. w. Leipz. 1788. — A. J. CUPERI observ. selectae de natura possessionis. Lugd. Bat. 1789, denuo edidit, adj. animadv. A. F. J. THIBAUT Jenae 1804. — Thibaut über Besitz und Verjährung. Jena 1802. — J. C. Lange phil.-jurist. Abhandl. über die Natur des Besitzes. 2 Bde. Erlangen 1813. 1818. — G. Hufeland neue Darstellung der Rechtslehre vom Besitz. Gießen 1816. — Die vorzüglichste neuere Schrift über diese Lehre ist: v. Savigny das Recht des Besitzes. Erste Ausg. Gießen. 1803. 2te 1806. 3te 1818. 4te 1822. 5te 1827. 6te 1837. Später sind noch erschienen: L. A. WARNKÖNIG analyse du traité de la possession par M. DE SAVIGNY. Liège 1824. 3me édit. 1827. — Theod. Max. Zachariae neue Revision der Theorie des Röm. Rechts vom Besitze mit besonderer Rücksicht auf v. Savigny's Recht des Besitzes. Leipzig 1824. — C. F. Koch systemat. Darstellung der Lehre vom Besitze nach Preuß. Rechte, in Vergleichung mit dem gemeinen Recht. Berlin 1826. 2te Aufl. Breslau 1839. — F. J. SCHOLLAERT responsio ad quaestionem: quid sit possessio, quotuplex, quomodo acquiratur, retineatur et amittatur; in Annal. Acad. Lovan. 1820. — L. E. DUBUS de possessione ex iure Romano. Lovanii 1825. — LERMINIER de possessione analytica Savignianae doctrinae expositio. Paris. 1828. — S. auch die Literaturnotizen bei v. Savigny. 6te Aufl. S. XV—LXXII. — v. Tigerström die bonae fidei possessio oder das Recht des Besitzes. Berl. 1836. — Köppe zur Lehre vom Besitz. Berl. 1839. — Darstellung d. Lehre vom Besitz, als Kritik des v. Savigny'schen Buches, von einem preuß. Juristen. Berl. 1840. — K. Pfeifer was ist und gilt im Röm. Rechte der Besitz? eine Abh. gerichtet gegen die v. Savigny'sche Doctrin über das Recht des Besitzes. Tüb. 1840. — W. BELIME traité de la possession. Paris 1842. — C. G. Bruns das Recht des Besitzes im Mittelalter und in der Gegenwart. Tüb. 1848. — J. P. MOLITOR la possession, la revendication, la Publicienne et les servitudes en droit Romain, avec les rapports entre la législation Romaine et le droit Français. Gand. 1851. — G. Lenz das Recht des Besitzes. Berl. 1860.

Erster Titel.

Vom Besitze überhaupt.

§. 210.

I. Von dem Begriffe und der rechtlichen Natur des Besitzes.
1. Detention.

Besitz im ursprünglichen Sinne ist nichts weiter, als derjenige factische Zustand, wo Jemand eine körperliche Sache dergestalt in seiner Gewalt hat, daß er nach seiner Willkür auf dieselbe einwirken und fremde Einwirkung davon abhalten kann. Dieses factische Verhältniß eines Menschen zu einer Sache heißt die Detention, und diese liegt jedem Begriffe von Besitz zum Grunde (*a*).

(*a*) fr. 1. pr. D. 41. 2. „Possessio appellata est, ut et Labeo ait, a pedibus, quasi positio: quia naturaliter tenetur ab eo, qui ei insistit."

§. 211.

2. Juristischer Besitz.

Soll indeß dieses an sich blos körperliche Verhältniß der Detention ein juristischer Besitz (possessio) und eben dadurch eine Quelle von Rechten werden, so muß der Inhaber der Sache zugleich die Absicht (animus) haben,

dieselbe wie sein Eigenthum besitzen zu wollen (*a*). Ist daher die Absicht des Inhabers einer Sache nur darauf gerichtet, dieselbe als die Sache eines Anderen besitzen zu wollen, so heißt es von ihm im Röm. Rechte: non possidet, d. h. er hat keinen juristischen Besitz, oder alieno nomine possidet, d. h. er übt den Besitz aus für einen Anderen (*b*).

(*a*) Man muß indeß Besitz und Eigenthum nicht mit einander verwechseln. Man kann den juristischen Besitz einer Sache haben, ohne Eigenthümer zu sein, und umgekehrt, man kann Eigenthümer sein, ohne den Besitz zu haben. Daher heißt es im fr. 12. §. 1. D. 41. 2. „Nihil commune habet proprietas cum possessione." fr. 52. pr. D. ibid. „Nec possessio et proprietas misceri debent." — fr. 17. §. 1. D. ibid. — Ueber den Begriff des animus possidendi s. man: v. Savigny §. 9. 23—25. Dagegen: Guyet Abhandl. S. 133 und in Linde's und Marezoll's Zeitschrift B. 4. S. 361. — Warnkönig im Arch. für civ. Prax. B. 13. S. 169. — von Schröter in der Zeitschr. für Civilr. u. Proceß B. 2. S. 233. — v. Buchholtz Versuche Nr. 8. — Bartels in der Zeitschr. für Civilr. u. Proc. B. 6. S. 178. Dafür: Sintenis in derselben Zeitschr. B. 7. S. 223. — Thibaut im Arch. für civ. Prax. B 18. S. 327. — Burchardi ebendas. B. 20. S. 18. — v. Savigny in der 6. Aufl. §. 9. S. 138 ff. Dagegen wieder: K. Pfeifer a. a. O. S. 63. — G. E. Schmidt in der Zeitschrift f. Civilr. u. Proc. B. 20. Nr. 4. Dafür wieder: Arndts in ders. Zeitschr. n. F. B. 3. S. 371. — Bruns a. a. O. S. 468 ff.

(*b*) Dieß ist z. B. der Fall beim Commodatar, Depositar und Pächter. fr. 13. pr. fr. 30. §. 6. D. 41. 2. Vergl. fr. 9. D. 6. 1.

§. 212.

3. Wirkungen des juristischen Besitzes.

Unter der Voraussetzung, daß der Besitz ein juristischer ist, gibt er ein Recht zu den Interdicten und führt durch Usucapion zum Eigenthume (*a*). 1. Das Recht zu den Interdicten setzt das Dasein eines juristischen Besitzes voraus, dieser mag übrigens sonst beschaffen sein, wie er will. Daher kann selbst der unrechtmäßige Besitzer der Regel nach sich der Interdicte bedienen, wenn er von Anderen im Besitze gestört oder dieser ihm ordnungswidrig entzogen wird (*b*). 2. Die Usucapion setzt ebenfalls das Dasein eines juristischen Besitzes voraus, aber dieß allein ist nicht hinreichend. Der Besitz muß außerdem auf rechtmäßige Weise und bona fide angefangen haben, auch muß die Sache, welche den Gegenstand desselben ausmacht, usucapionsfähig sein (*c*).

(*a*) Diese Folgen des juristischen Besitzes sind es, was man das ius possessionis oder das Recht aus dem Besitze einer Sache nennt. v. Savigny §. 2—5. Vergleiche Schweppe jurist. Mag. St. 1. S. 45. — Thibaut civ. Abh. B. 1. nr. 15. Der Ausdruck ius possessionis kommt vor im fr. 44. pr. D. 41. 2. — fr. 2. §. 38. D. 43. 8. — fr. 5. §. 1. D. 48. 6. — const. 5. C. 7. 16. — Verschieden davon ist das ius possidendi, oder das Recht auf den Besitz einer Sache; dieses ist immer nur die Folge eines anderen Rechts und gehört daher nicht hierher, wo der Besitz als ein eigener, für sich bestehender Zustand, als Quelle von Rechten betrachtet werden soll.

(*b*) Ueber den Fall der Besitzstörung insbesondere s. fr. 1. §. 9. fr. 2. D. 43. 17. und unten §. 231. Not. *b*.

(*c*) S. darüber unten §. 258 ff.

§. 213.

4. Arten des juristischen Besitzes.

Hiernach gibt es also zwei Arten des juristischen Besitzes, nämlich eine s. g. possessio ad usucapionem und eine s. g. possessio ad interdicta (*a*). Das Verhältniß beider zu einander ist: die possessio ad usucapionem hat blos noch einige Bestimmungen mehr, als die possessio ad interdicta, und

diese letztere ist jedesmal in jener enthalten (*b*), nicht aber umgekehrt. Auf diese Verschiedenheit des juristischen Besitzes beziehen sich nun auch die besonderen Ausdrücke, deren sich die Römischen Juristen bei der Bezeichnung des Besitzes in seinen rechtlichen Beziehungen auf Usucapion und Interdicte bedienen: 1. Die possessio ad usucapionem, und nur diese, heißt bei ihnen civilis poss., und wessen Besitz sich zur Usucapion eignet, von dem sagen sie: civiliter, iure civili possidet (*c*). Jeder andere Besitz, der sich nicht zur Usucapion eignet, er sei übrigens bloße Detention oder juristischer Besitz, heißt alsdann — im Gegensatze von civilis possessio — naturalis possessio. 2. Die poss. ad interdicta heißt bei den Röm. Juristen possessio schlechthin, sobald dieses Wort technisch, d. h. zur Bezeichnung eines juristischen Besitzes, gebraucht wird, oder sie wird mit dem Zeitworte possidere bezeichnet. Jeder andere Besitz, der sich nicht einmal zu den Interdicten eignet, also die bloße Detention, heißt dann wieder naturalis possessio (*d*). Die bloße Detention wird auch durch die Zeitwörter tenere, corporaliter possidere, esse in possessione bezeichnet (*e*).

(*a*) v. Savigny §. 7 u. 10. — Thon im Rhein. Mus. B. 4. S. 95.

(*b*) Wer also ad usucapionem besitzt, der kann auch die Interdicte anstellen, ausgenommen, wenn dies letztere Recht aus einem besonderen Grunde einem Andern zusteht, wie dieß z. B. beim Faustpfandgläubiger der Fall ist. fr. 16. D. 41. 3.

(*c*) Man sehe fr. 3. §. 15. D. 10. 4. vergl. mit fr. 16. D. 41. 3. — fr. 26. pr. D. 24. 1. — fr. 1. §. 4. D. 41. 2. — fr. 1. §. 9. 10. D. 43. 16. — Thibaut civ. Abh. S. 337.

(*d*) Andere Ansichten von civilis und naturalis possessio haben: Th. Max. Zachariae Institutionen des Röm. Rechts. Breslau 1816. S. 357 ff. und dessen neue Revision der Lehre des R. R. vom Besitze. Leipz. 1824. — J. P. Johannsen Begriffs-Bestimmungen aus dem Gebiete des Civilrechts. Hft. 1. Heidelberg 1831. — L. H. Wiederhold das interd. uti possidetis. Hanau 1832. S. 6—11. — Erb und Thibaut in Braun Erört. zu Thibaut. S. darüber: Northoff in Schunck's Jahrb. B. 18. S. 269—285. — Thibaut im Arch. f. civ. Prax. B. 18. Nr. 13. B. 23. Nr. 5. — Burchardi ebendas. B. 20. Nr. 2. — Dagegen: v. Savigny in der 6ten Aufl. S. 172—178. und S. LI—LXVII. — Für die Thibaut'sche Ansicht bringt neue Gründe vor: Warnkönig im Arch. f. civ. Praxis. B. 20. S. 178. — Vergl. auch K. Pfeifer a. a. O. §. 3 ff. — Eine andere, mehr der Burchardi'schen ähnliche Theorie stellt auf: v. Vangerow Pand. B. 1. §. 199., welcher beitreten: Bruns §. 4. u. Brinz Lehrb. B. 1. S. 175 ff. Vergl. auch Roßhirt's Civilr. B. 2. §. 218. Dagegen: Puchta de civili possessione. Lips. 1839. Desselben Instit. B. 2. §. 226. Note *l*. — Zu einer vermittelnden Ansicht, wonach possessio civilis im weiteren Sinne jeden juristischen Besitz und im engeren Sinne nur den Usucapions-Besitz bezeichnet, neigt sich hin: v. Keller Pand. §. 116. am E.

(*e*) §. 5. J. 4. 15. — fr. 9. D. 6. 1. — fr. 7. pr. D. 39. 2. — fr. 3. §. 3. fr. 10. §. 1. fr. 24. fr. 49. §. 1. D. 41. 2. — fr. 1. §. 23. D. 43. 16. — fr. 3. §. 8. D. 43. 17. — fr. 7. D. 43. 26.

§. 214.

5. Andere Eintheilungen des Besitzes überhaupt.

a) Possessio iusta vel iniusta.

In Beziehung auf den Grund (causa possessionis), aus welchem Jemand eine Sache besitzt, oder auch nur detinirt, ist der Besitz entweder possessio iusta oder iniusta (*a*). Possessio iusta heißt jeder Besitz, der auf erlaubte Art angefangen hat, er sei übrigens juristischer Besitz oder bloße Detention. Possessio iniusta ist das Gegentheil, und dabei sind besonders die drei vitia possessionis zu bemerken, wenn der Besitz vi, clam oder pre-

cario angefangen hat (*b*). In Beziehung auf die causa possessionis (*bb*) ist nun besonders die Regel zu bemerken: Nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest. Diese Regel bezog sich ursprünglich wohl nur auf die alte usucapio pro herede und hatte den Sinn, daß, wer einmal aus einem besonderen Grunde angefangen hatte zu besitzen, diesen Besitz nicht willkürlich und mit Bewußtsein der Unrechtmäßigkeit in eine possessio pro herede solle verwandeln dürfen (*c*). Späterhin scheint sie aber auch schon bei den Römern in dem Sinne verstanden worden zu sein, daß, wer bisher blos die Detention einer fremden Sache hatte, diese durch seinen bloßen Vorsatz allein nicht in einen juristischen Besitz solle verwandeln können (*d*), so wenig, wie derjenige, der zwar juristischen Besitz, aber keinen Usucapions-Besitz hat, jenen durch seinen Vorsatz allein in Usucapions-Besitz verwandeln kann (*e*).

(*a*) v. Savigny §. 8.
(*b*) fr. 1. §. 9. fr. 2. D. 43 17.
(*bb*) Wie weit es überhaupt auf die causa possessionis ankommt, darüber s.: v. Keller Pand. §. 119.
(*c*) GAJ. II. §. 52—58. Vergl. mit fr. 33. §. 1. D. 41. 3. — fr. 2. §. 1. D. 41. 5. — const. 2. C. 7. 29. — v. Savigny §. 7. S. 75. — Gans Scholien zu Gajus S. 263. — CAR. COM. DE REISACH Diss. de antiqua iuris Romani regula: Nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest. Landishuti 1821. — AUG. GUIL. DE SCHRÖTER observat. iur. civ. (Jenae 1826.) Obs. 4. cap. 3. — Carl Fried. Reinhardt von der usucapio und praescriptio. (Stuttgart 1832.) S. 142. — Thon im Rhein. Mus. B. 4. S. 99. — Gesterding Nachforsch. Th. 5. Abth. 2. S. 55. S. auch die unten §. 261. Not. *a*. angef. Schriften über die usucapio pro herede.
(*d*) fr. 3. §. 18—20. D. 41. 2. — fr. 6. §. 3. D. 43. 26.
(*e*) fr. 1. §. 2. D. 41. 6. — S. überhaupt: Unterholzner Verjährungslehre B. 1. §. 100. 106. 107. — Puchta in Weiske's Rechtslex. B. 2. S. 55 ff. — Schirmer in der Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. n. F. B. 11. S. 432 ff. S. auch unten §. 444. Note *e*.

§. 215.

b) Bonae et malae fidei possessio.

Der Besitz ist ferner entweder bonae fidei oder malae fidei possessio. Bonae fidei possessor ist derjenige, welcher glaubt, kein Anderer habe ein besseres Recht, die Sache zu besitzen, als er selbst (*a*). Malae fidei possessor ist derjenige, welcher weiß, daß er die Sache zu besitzen nicht berechtigt ist (*b*).

(*a*) fr. 109. D. 50. 16. Vergl. fr. 27. D. 18. 1. — fr. 32. §. 1. D. 41. 3.
(*b*) §. 35. J. 2. 1. — fr. 38. D. 41. 3. — v. Savigny §. 8.

§. 216.

6. Natur des juristischen Besitzes. a) Object und Subject desselben.

Aus dem Begriffe des juristischen Besitzes (§. 211.) folgt, daß theils gewisse Sachen kein Gegenstand desselben sein, theils gewisse Menschen keinen juristischen Besitz haben können (*a*). 1. Gegenstand des juristischen Besitzes kann alles das nicht sein, woran kein Eigenthum möglich ist und wovon wir dieses wissen. Aus diesem Grunde findet kein Besitz statt an allen dem Verkehr entzogenen Sachen (*b*). 2. Jeder, welcher kein Eigenthum haben kann, ist auch unfähig, juristischen Besitz zu haben, und wer immer nur für Andere erwirbt, erwirbt auch den Besitz einer Sache nicht für sich, sondern für den-

jenigen, in dessen Gewalt er sich befindet, z. B. der Sclave für den Herrn und der filiusfamilias nach dem älteren Recht für den Vater (*c*).

(*a*) v. Savigny §. 9. S. 132—137.
(*b*) fr. 30. §. 1. D. 41. 2. Deshalb konnte bei den Römern auch ein freier Mensch, von dem man wußte, daß er frei war, nicht besessen werden. fr. 23. §. 2. fr. 1. §. 6. ibid.
(*c*) §. 4. J. 2. 9. — fr. 24. D. 41. 2. In Beziehung auf das castrense peculium kann indeß der filiusfamilias schon nach den Pandekten einen eigenen Besitz haben. fr. 49. §. 1. D. 41. 2. — fr. 4. §. 1. D. 41. 3. Wie weit er auch nach dem Justinianeischen Rechte keinen juristischen Besitz haben kann, das ergibt sich nach dem im Texte angegebenen Princip aus der Lehre von den s. g. Peculien des filiusfamilias.

§. 217.

b) S. g. compossessio.

Jeder Besitz ist seinem Begriffe nach ausschließend, d. h. was der Eine besitzt, kann ein Anderer nicht auch besitzen. Eine und dieselbe Sache kann sich daher nicht dergestalt in dem Besitze mehrerer Personen zugleich befinden, daß Jeder von ihnen die ganze Sache besitzt (*a*). Wohl aber können Mehrere gemeinschaftlich eine und dieselbe Sache nach bestimmten idealen Theilen besitzen, was bei den Römern durch: plures rem pro indiviso s. pro partibus indivisis possident, bezeichnet wurde, bei den Neueren aber compossessio heißt (*b*). Auch können Mehrere eine und dieselbe Sache in verschiedener Rücksicht und mit verschiedenen Wirkungen besitzen (*c*).

(*a*) fr. 3. §. 5. D. 41. 2. „Plures eandem rem *in solidum* possidere non possunt. Contra naturam quippe est, ut cum ego aliquid teneam, tu quoque id tenere videaris." fr. 5. §. 15. D. 13. 6. — fr. 19. pr. D. 43. 26. — v. Savigny §. 11. — Puchta Inst. B. 2. §. 229. — v. Keller Pand. §. 117. Vergl.: Kierulff Theorie B. 1. S. 364 ff.
(*b*) fr. 5. D. 45. 3. — fr. 25. §. 1. D. 50. 16. — fr. 8. D. 6. 1. Hier besitzt alsdann Keiner die ganze Sache, sondern Jeder besitzt nur seinen Theil, die Theile der Uebrigen gar nicht. Vergl. auch fr. 3. §. 2. D. 41. 2. — fr. 32. §. 2. D. 41. 3.
(*c*) Dieß ist z. B. der Fall bei dem Verpfänder und dem Faustpfandgläubiger. Jener besitzt ad usucapionem, dieser ad interdicta, fr. 16. D. 41. 3.

§. 218.

c) Juris quasi possessio.

Eigentlich können nur körperliche Sachen Gegenstand des Besitzes sein, weil sich nur bei diesen eine Detention denken läßt (*a*). Da aber juristischer Besitz einer körperlichen Sache im Grunde nichts weiter ist, als factische Ausübung des Eigenthums an derselben, so läßt sich etwas dem Besitze Aehnliches auch bei dinglichen Rechten an fremden Sachen (*aa*) (iura in re, §. 209.) denken, nämlich die factische Ausübung derselben in der Absicht vorgenommen, ein uns zustehendes Recht ausüben zu wollen. Diese factische Ausübung eines ius in re, verbunden mit der eben angegebenen Absicht, heißt im Röm. Rechte iuris quasi possessio und hat ähnliche rechtliche Wirkungen wie der Besitz körperlicher Sachen (*b*).

(*a*) fr. 3. pr. D. 41. 2. — fr. 4. §. 27. D. 41. 3. — v. Savigny §. 12. 44—47. Roßhirt im Arch. für civ. Praxis. B. 8. S. 1. — Carl Albert über den Besitz unkörperlicher Sachen oder sogenannter Gerechtigkeiten. Leipzig 1826. Ueber die beiden letzten Schriften: Huschke in der Tüb. krit. Zeitschr. für RW. B. 2. S. 349 ff. u.

über Roßhirt auch noch: Schunck's Jahrb. B. 3. S. 1 ff. — v. Buchholtz Vers. Nr. 8. — Heerwart in der Zeitschr. für Civilr. u. Proc. B. 12. Nr. 6 und 9.

(*aa*) Auch bei gewissen Rechten anderer Art wird heut zu Tage eine iuris quasi possessio angenommen. v. Savigny §. 49. — Bruns S. 477 ff.

(*b*) S. z. B. fr. 3. §. 17. D. 43. 16. — fr. 23. §. 2. D. 4. 6. — fr. 10. pr. D. 8. 5.

§. 219.

d) S. g. ficta possessio.

Zuweilen wird Jemand in gewisser Hinsicht rechtlich als Besitzer angesehen und behandelt, welcher doch wirklich nicht Besitzer der Sache ist (*a*). Dieß nennt man jetzt ficta possessio, und eine solche wird in zwei Fällen angenommen, nämlich: 1. bei demjenigen, qui dolo possidere desiit, d. h. der den Besitz einer Sache in der böslichen Absicht aufgegeben hat, um einem Anderen die Verfolgung seines Rechts an derselben zu erschweren (*b*); 2. bei demjenigen, qui liti se obtulit, d. h. welcher sich auf eine gegen ihn wegen einer Sache, die er nicht besitzt, angestellte Klage so einläßt, als ob er wirklich Besitzer der Sache wäre (*c*).

(*a*) Jo. Henr. Chr. Erxleben Diss. de eo, quod iustum est circa fictam possessionem. Götting. 1778. — Glück Comm. Th. 6. S. 62. Th. 7. S. 525. Th. 8. S. 205. — Wetzell d. Röm. Vindications-Proceß. Leipz. 1845. S. 211 ff. — Schmid Handb. des gemeinen R. Besond. Th. B. 1. S. 280 ff.

(*b*) Anfänglich galt dieß nach einem Sctum Iuventianum nur von der Erbschaftsklage, fr. 20. §. 6. fr. 25. §. 2. 3. D. 5. 3. Späterhin wurde es auf alle actiones in rem ausgedehnt, fr. 27. §. 8. D. 6. 1. — fr. 131. 150. 157. §. 1. D. 50. 17. Ueber die Folgen sehe man: fr. 25. §. 8—10. fr. 45. D. 5. 3. — fr. 68. 71. D. 6. 1. — fr. 16. §. 3. D. 20. 1.

(*c*) fr. 25. 26. 27. pr. D. 6. 1. Ueber die Folgen: fr. 13. §. 13. D. 5. 3. — fr. 5. pr. §. 3. D. 12. 3. — fr. 7. D. 6. 1. — fr. 95. §. 9. D. 46. 3. — const 2. C. 3. 19.

§. 220.

II. Vom Erwerbe des Besitzes. 1. Allgemeine Erfordernisse.

Zu dem Erwerb des juristischen Besitzes ist immer zweierlei erforderlich: 1. die Apprehension der Sache, d. h. irgend eine körperliche Handlung (corpus), wodurch derjenige, welcher den Besitz erwerben will, in ein solches Verhältniß zu der Sache kommt, daß er und er allein nach Willkür auf dieselbe einwirken kann. Diese Apprehension muß 2. von einem bestimmten Willen (animus) begleitet und dieser darauf gerichtet sein, die Sache als eigene Sache behandeln zu wollen. Sobald Beides vorhanden ist, ist der Besitz erworben*); das Eine ohne das Andere ist für sich allein nicht hinreichend (*a*).

(*) Auch im Falle der Tradition? Darüber vergl.: Brinz im Jahrbuch des gemeinen Rechts B. 3. Nr. 2. — Witte d. J. in der Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. n. F. B. 18. S. 234 ff.

(*a*) fr. 3. §. 1. D. 41. 2. „Apiscimur possessionem corpore et animo: neque per se animo, aut per se corpore." fr. 3. §. 3. fr. 8. D. ibid. — fr. 153. D. 50. 17. — v. Savigny §. 13. — E. P. S. Despot Diss. de acquirenda vel amittenda possessione. Lovan. 1827.

§. 221.

a) Apprehension (Corpus).

Zu der Apprehension ist nicht gerade unmittelbare körperliche Berührung der Sache erforderlich, sondern das eigentliche Wesen derselben besteht vielmehr darin, daß durch irgend eine körperliche Handlung für den Erwer-

benden die physische Möglichkeit begründet wird, auf die Sache zu jeder Zeit beliebig einzuwirken (*a*). Dieß ist nun: A) bei Grundstücken alsdann der Fall, wenn derjenige, welcher den Besitz des Grundstückes erwerben will, dasselbe, wenn auch nur zum Theil, betritt, oder wenn er sich auch nur in der Nähe desselben befindet, oder wenn der bisherige Besitzer es ihm von ferne zeigt, in der Absicht, es ihm zu übergeben (*b*). B) Bei beweglichen Sachen ist die Apprehension geschehen: 1. wenn der Besitzer die Sache mit der Hand ergreift (*c*); 2. wenn sie in seine Fallen und Netze kommt (*d*); 3. wenn er Wache dabei hält (*e*); 4. wenn sie auf seinen Befehl einem Anderen übergeben wird (*f*); 5. wenn sie in seine Wohnung gebracht wird (*g*); 6. wenn ihm die Schlüssel zu dem Behältnisse übergeben werden, worin sich die Sache befindet, nur muß dieß bei dem Behältnisse geschehen (*h*); endlich 7. wenn Jemand sein Zeichen auf die Sache drückt und diese nicht mehr im Besitze eines Anderen ist (*i*). Dagegen findet noch kein Besitz an dem selbst tödtlich verwundeten Thiere statt, in dessen Verfolgung man noch begriffen ist (*k*); auch nicht an dem Wilde, welches man in Thiergärten, und an Fischen, welche man in Teichen hält (*l*), ebenso wenig an einem Schatze, der sich zwar in einem von uns besessenen Grundstücke befindet, den wir aber noch nicht gefunden haben (*m*).

(*a*) v. Savigny §. 14—17. Vergl. auch: Gesterding Irrthümer der Rechtsgelehrten S. 21 ff.
(*b*) fr. 3. §. 1. fr. 18. §. 2. D. 41. 2. Zu der Erwerbung des juristischen Besitzes eines Grundstückes, welches bisher von einem Anderen besessen wurde, reicht indeß das bloße Factum der Apprehension nicht hin, sondern es ist außerdem noch erforderlich, daß der bisherige Besitzer Kenntniß von jener Apprehension erhalten habe und dann entweder freiwillig weiche (si vacuam tradit possessionem), fr. 18. §. 2. cit., oder mit Gewalt von dem Andern vertrieben werde (si dejicitur aut repellitur), fr. 25. §. 2. fr. 46. D. 41. 2. — v. Savigny §. 15. a. E. §. 31. Vergl. unten §. 226. Nr. 2.
(*c*) fr. 1. §. 1. D. ibid.
(*d*) fr. 55. D. 41. 1.
(*e*) fr. 51. D. 41. 2.
(*f*) fr. 1. §. 21. D. ibid. — fr. 79. D. 46. 3.
(*g*) fr. 18. §. 2. D. 41. 2.
(*h*) §. 45. J. 2. 1. — fr. 74. D. 18. 1.
(*i*) fr. 14. §. 1. D. 18. 6. — fr. 1. §. 2. D. ibid.
(*k*) § 13. J. 2. 1. — „multa enim accidere possunt, ut eam non capias." fr. 5. §. 1. D 41. 1.
(*l*) fr. 3. §. 14. 15. D. 41. 2.
(*m*) fr. 3. §. 3. D. ibid. — fr. 15. D. 10. 4. — Sammet Hermeneutik §. 43.

§. 222.

b) Animus.

Durch die Apprehension wird an und für sich nur die Detention der Sache bewirkt. Soll juristischer Besitz dadurch erworben werden, so ist ferner erforderlich: A) daß sie animo rem sibi habendi s. possidendi vorgenommen werde (§. 220.). Dieser animus possidendi besteht der Regel nach in dem Willen, die apprehendirte Sache als eigene Sache zu behandeln (*). Wer also nicht wollen kann, kann auch keinen juristischen Besitz erwerben. Unfähig sind deßhalb: 1. alle juristischen Personen (*a*); 2. Kinder (infantes), welche nicht ohne Auctorität des Tutors Besitz erwerben können (*b*). Unmündige, die nicht mehr Kinder sind, können dagegen auch ohne Auctorität des Tutors Besitz erwerben (*c*). 3. Rasende und Wahnsinnige (*d*). B) Wenn nun aber Jemand, der rechtlich wollen kann, die Detention einer Sache aus einem früheren

Grunde bereits hat, es folglich keiner Apprehension derselben weiter bedarf, so verwandelt sich die bisherige bloße Detention von dem Augenblicke an in juristischen Besitz, wo der animus possidendi in ihm entsteht und zu der Detention hinzutritt. Dieß heißt bei den Römern solo animo possessionem acquirere. Es geschieht jedoch nur, wenn eine iusta causa den animus possidendi rechtlich möglich macht, z. B. wenn der Verpachter dem Pächter die Sache verkauft, oder sie ihm schenkt (*e*). Die Neueren nennen dieß traditio brevi manu (§. 256. Nr. 5.).

(*) v. Savigny §. 20. 21. Diese Regel leidet eine Ausnahme in den Fällen, wo die Absicht des Besitzers aus besonderen Gründen nur auf Schutz im Besitze, also auf das ius ad interdicta, gerichtet ist, wie z. B. bei dem Faustpfandgläubiger, fr. 16. D. 41. 3. — fr. 35. §. 1. fr. 37. D. 13. 7., was man jetzt einen abgeleiteten Besitz nennt. S. darüber: v. Savigny §. 23—25. — Bruns S. 5 ff. Gegen den Ausdruck abgeleiteter Besitz: Roßhirt im Arch. f. civ. Praxis. B. 8. S. 1. — Sintenis in der Zeitschrift für Civilr. u. Proc. B. 7. S. 223. — Brinz Lehrb. B. 1. S. 66. Gegen die ganze Ansicht: Schröter, Guyet, Warnkönig, Bartels, K. Pfeifer und G. E. Schmidt in den §. 211. Note *a*. citirten Abhandlungen.

(*a*) fr. 1. §. 15. D. 47. 4. — „possessionem *hereditas* non habet." — fr. 1. §. 22. D. 41. 2. Durch Stellvertreter können sie aber allerdings Besitz erwerben. fr. 2. ibid. Warnkönig im Arch. f. civ. Prax. B. 20. S. 412.

(*b*) fr. 32. §. 2. D. 41. 2. — const. 3. C. 7. 32. Ueber diese beiden Stellen vergl.: v. Savigny §. 21. — Puchta im Rhein. Museum f. Jurispr. B. 5. (1.) S. 33. Denzinger im Arch. f. civ. Prax. B. 31. Nr. 7. 13. — v. Vangerow Pand. B. 1. §. 204. Anm. 1.

(*c*) fr. 32. pr. §. 2. D. 41. 2. — fr. 1. §. 3. D. ibid. Schweppe Röm. Privatrecht B. 2. §. 218. — Fritz Erläut. B. 1. S. 227. — v. Vangerow a. a. O. Auf die individuelle Reife des Pupillen soll es ankommen nach v. Savigny Besitz §. 21. S. 283. Syst. B. 3. S. 49.

(*d*) fr. 1. §. 3. fr. 18. §. 1. D. 41. 2.

(*e*) fr. 9. §. 5. D. 41. 1. — §. 44. J. 2. 1. — fr. 9. §. 9. D. 12. 1. — fr. 3. §. 3. D. 41. 2. — v. Savigny §. 19. Ueber den Fall, wenn es an einer solchen iusta causa fehlt, wenn z. B. ein Pächter oder ein Depositar sich die gepachtete oder bei ihm deponirte Sache einseitig aneignen will, s. unten §. 229. Note *b*. Vergl. oben §. 214 und unten §. 226. Note *g*.

§. 223.

2. Erwerb durch Stellvertreter.

Man kann übrigens den Besitz einer Sache entweder in eigener Person, oder durch Stellvertreter erwerben (*a*). Im letzteren Falle ist erforderlich: 1. daß der Stellvertreter die Sache apprehendire, und zwar in der Absicht, den Besitz nicht für sich, sondern für den Andern zu erwerben (animo non sibi, sed alteri possidendi) (*b*); 2. daß derjenige, für den der Besitz erworben werden soll, diesen auch wirklich erwerben wolle, weshalb er ihn nicht erwirbt, wenn er von der Besitzergreifung gar nichts weiß, d. h. weder Befehl, noch Auftrag dazu gegeben, noch dieselbe ratihabirt hat (ignoranti possessio non adquiritur) (*c*); 3. daß zwischen dem Stellvertreter und demjenigen, für den der Besitz erworben werden soll, ein juristisches Verhältniß stattfinde, welches entweder ein Verhältniß juristischer Gewalt, oder auch ein Verhältniß freier Stellvertretung sein kann (§. 178. Note *bb*). In jenem Falle wird der Besitz durch den Stellvertreter erworben in Gemäßheit eines demselben ertheilten Befehls (iussus) (*d*), in diesem Falle in Gemäßheit eines demselben ertheilten Auftrages (mandatum) (*e*).

(*a*) PAULI sent. rec. lib. 5. tit. 2. §. 1. — fr. 2. D. 41. 2. — v. Savigny §. 26.
(*b*) fr. 1. §. 19. D. 41. 2. Wer also überhaupt nicht wollen kann, durch den kann auch kein Besitz erworben werden. fr. 1. §. 9. 10. D. ibid. Ueber den Fall, wenn die Absicht des Empfängers mit der ausgesprochenen Absicht des Tradenten in Widerspruch steht, s. fr. 13. D. 39. 5. Vergl. fr. 37. §. 6. D. 41. 1. u. f. über den anscheinenden Widerspruch zwischen diesen Stellen: v. Savigny a. a. O. — v. Vangerow §. 205.
(*c*) fr. 42. §. 1. fr. 1. §. 5. 22. fr. 2. fr. 4. fr. 3. §. 12. D. 41. 2. — fr. 31. §. 3. D. 41. 3. — fr. 13. §. 1. D. 41. 1. Wenn aber Jemand Befehl oder Auftrag zur Besitzergreifung gegeben hat, so schadet es nichts, wenn er von der Vollziehung desselben nichts weiß; nur fängt die Usucapion erst von der Zeit an, wo er Nachricht von der Vollziehung erhält. fr. 49. §. 2. D. 41. 2. — fr. 47. D. 41. 3. — const. 1. C. 7. 32. Die im Texte aufgestellte und in dieser Anmerkung näher bestimmte Regel gilt ausnahmsweise nicht: a) wenn einer juristischen Person durch ihre gesetzlichen Vertreter Besitz erworben werden soll, fr. 1 §. 22. fr. 2. cit.; b) oder einem Bevormundeten durch seine Vormünder, fr. 13. §. 1 cit. — fr. 1. §. 20. D. 41. 2.; c) oder wenn endlich dem Herrn oder Vater dadurch Besitz erworben werden soll, daß der Sclave oder Haussohn Etwas für das jenem gehörende Peculium (ex peculiari causa) in Detention nimmt, fr. 1. §. 5. fr. 3. §. 12. fr. 4. 24. fr. 32. §. 1. in f. fr. 44. §. 1. D. 41. 2. — fr. 31. §. 3. D. 41. 3. — v. Savigny §. 26. S. 358 und 359. S. 367 und 368. Streitig ist, ob als ein vierter Ausnahmsfall der zu betrachten sei, wenn ein procurator omnium bonorum ohne speciellen Auftrag die Apprehension für seinen Principal vornimmt. Dafür: Bremer in der Zeitschr. für Civilr. u. Proc. n. F. B. 11. Nr. 7. (S. auch Seuffert's Arch. B. 5. S. 106.) Dagegen: Schirmer ebendas. B. 14. Nr. 3. Vergl. auch fr. 24. D. 3. 5. u. Chambon Neg. Gestio. S. 171.
(*d*) Dieß ist der Fall bei den Sclaven und Haussöhnen. fr. 1. §. 5. 6. 8. fr. 49. pr. D. 41. 2. — fr. 21. pr. D. 41. 1. Ueber die Personen, die ehemals in manu oder mancipio waren, s. GAJUS II. §. 90. und darüber v. Keller Pand. §. 120, 1. a. E.
(*e*) PAULUS l. c. §. 2. — §. 5. J. 2. 9. — fr. 2. D. 41. 2. — fr. 20. §. 2. fr. 53. D 41. 1. — fr. 41. D. 41. 3. — const. 1. C. 4. 27. — Sowohl dem Befehl als dem Auftrag steht die nachfolgende Genehmigung gleich. Auch kann das Mandat durch ein öffentliches Amt ersetzt werden. S. Anm. *c*. Ueber den Besitzerwerb für juristische Personen s. Warnkönig im Arch. f. civ. Prax. B. 20. Nr. 13.

§. 224.

3. Erwerb einer iuris quasipossessio.

Zu dem Erwerbe einer iuris quasipossessio (§. 218.) ist ebenfalls corpus und animus erforderlich (*a*). Das körperliche Verhältniß wird hier durch die factische Ausübung des Rechts begründet. Der animus besteht darin, daß man die Handlung, welche den Gegenstand des Rechts ausmacht, als Recht ausübt (*b*). Das Nähere tragen wir der Deutlichkeit wegen erst in der Lehre von den iura in re vor (*c*).

(*a*) v. Savigny §. 44—47. — Schweppe Röm. Privatr. B. 2. §. 303.
(*b*) fr. 25. D. 8. 6. — fr. 7. D. 43. 19.
(*c*) S. namentlich: 3. Kap. Servituten.

§. 225.

III. Vom Verlust des Besitzes. 1. Allgemeine Regel.

Der einmal erworbene Besitz dauert fort (*a*), so lange nicht entweder hinsichtlich des körperlichen Verhältnisses der Person zu der Sache (corpus) oder des Willens der ersteren (animus) eine Aenderung vorgeht (*b*), und zwar eine Aenderung, die darin besteht, daß in dieser oder jener Hinsicht das Gegentheil von dem eintritt (in contrarium actum est), was zur Erwerbung des Besitzes erforderlich ist (*c*).

(*a*) v. Savigny §. 29. 30.
(*b*) fr. 44. §. 2. fr. 3. §. 6. 13. D. 41. 2.

(c) Dieß ist der Sinn der bekannten, zweimal vorkommenden Stelle in fr. 8. D. 41. 2. und fr. 153. D. 50. 17. „Fere quibuscunque modis obligamur, iisdem *in contrarium actis* liberamur: cum quibus modis acquirimus, iisdem *in contrarium actis* amittimus. Ut igitur nulla possessio acquiri, nisi animo et corpore potest: ita nulla amittitur, nisi in qua utrumque *in contrarium actum.*" v. Savigny §. 30. S. auch Hugo in d. Gött. gel. Anz. 1804. S. 295. 1807. S. 1909. — Göschen Grundr. zu Pand.=Vorl. S. 95. Dessen Vorl. über d. gemeine Civilrecht §. 211. B. 1. S. 627 ff.

§. 226.

2. Anwendung dieser Regel. a) Verlust des Besitzes durch corpus.

In Hinsicht der ersten Bedingung des Besitzes, nämlich des körperlichen Verhältnisses zu der Sache, kommt es bei der Fortsetzung des Besitzes nicht auf die unmittelbare physische Herrschaft über die Sache an, welche zum Erwerb erforderlich ist (§. 221.), sondern es ist hinlänglich, wenn nur die Möglichkeit, dieselbe zu jeder Zeit nach Willkür zu reproduciren, vorhanden ist (*). Daher verliert man den einmal erworbenen Besitz einer Sache durch die bloße Entfernung von derselben nicht (*a*), und namentlich kann man die Detention auch von einem Anderen ausüben lassen (*b*). Nur dann erst ist der Besitz verloren, wenn durch irgend ein Factum dem Besitzer die physische Einwirkung auf die Sache unmöglich gemacht worden ist (si in contrarium actum est). Dieß ist der Fall (*bb*): 1. bei beweglichen Sachen, wenn sich ein Anderer derselben bemächtigt, einerlei ob mit Gewalt oder heimlich (*c*), wenn wir dieselben verlieren (*d*), wenn zahme Thiere sich von uns verirren, wenn wilde Thiere aus unserem Gewahrsam entrinnen, und wenn zahm gemachte Thiere die Gewohnheit des Wiederkehrens ablegen (*e*); 2. bei einer unbeweglichen Sache alsdann, wenn dem bisherigen Besitzer die Herrschaft über dieselbe durch Naturereignisse entzogen wird (*f*), oder wenn er von einem Anderen aus dem Besitze verdrängt wird (si dejicitur). Dadurch allein, daß sich ein Anderer während unserer Abwesenheit und ohne unser Wissen des Grundstückes bemächtigt, geht unser Besitz noch nicht verloren, sondern erst dann, wenn wir unsere Herrschaft über das Grundstück geltend machen wollen und der Andere uns zurückdrängt, oder wir die Occupation erfahren, ohne einen Versuch zur Ausübung unserer Herrschaft zu machen (*g*).

(*) v. Savigny §. 31.
(*a*) Pauli sent. rec. V. 2. 1. — fr. 3. §. 7. 13. fr. 44. pr. D. 41. 2. — fr. 1. §. 25. D. 43. 16. Die Römer nennen dieß solo animo retinere possessionem, die Neueren possessio mentalis.
(*b*) fr. 18. pr. D. 41. 2. „Nam possidet, cuius nomine possidetur." S. oben §. 211.
(*bb*) Abgesehen von dem Falle, wenn der Besitzer stirbt oder unfähig wird, Eigenthum zu haben, fr. 30. §. 3. D. 41. 2., sowie von dem Falle, wenn der Gegenstand zu Grunde geht oder extra commercium kommt, fr. 30. cit. §. 3. 4.
(*c*) fr. 15. D. 41. 2.
(*d*) fr. 25. pr. D. ibid.
(*e*) fr. 3. §. 13—16. D. ibid.
(*f*) fr. 3. §. 17. fr. 30. §. 3. D. ibid.
(*g*) fr. 3. §. 8. fr. 6. §. 1. fr. 7. fr. 25. §. 2. fr. 46. D. ibid. S. oben §. 221. Not. *b*.

§. 227.

b) Verlust des Besitzes durch animus.

In Hinsicht der zweiten Bedingung der Fortdauer des Besitzes schadet es nichts, wenn auch das Bewußtsein des animus nicht in jedem Augenblicke

beim Besitzer vorhanden ist, sondern der Besitz ist animo erst dann verloren, wenn der Besitzer einen entgegengesetzten Entschluß faßt, indem er den animus bestimmt aufgibt (si in contrarium actum est) (*a*). Wer überhaupt nicht wollen kann, kann natürlich auch den animus nicht aufgeben, also den Besitz aus diesem Grunde nicht verlieren (*b*). Durch bloßen animus geht der Besitz namentlich in dem Falle der oben (§. 222, B.) erwähnten traditio brevi manu verloren, sowie in dem Falle, wenn der bisherige Besitzer mit einem Anderen vertragsmäßig in ein solches Verhältniß tritt, daß er die Sache, welche er bisher in eigenem Namen besaß, nunmehr im Namen dieses Anderen und als dessen Repräsentant zu besitzen fortfährt, was die Neueren constitutum possessorium nennen (*c*).

(*a*) fr. 3. §. 6. fr. 17. §. 1. fr. 30. §. 4. D. 41. 2 — v. Savigny §. 32.
(*b*) fr. 27. 29. D. 41. 2.
(*c*) Z. B. bei dem Verkaufe einer Sache wird verabredet, daß der bisherige Eigenthümer derselben sie ferner als Miether oder Pächter im Besitz behalten soll. fr. 18. pr. D. ibid. — z. B. fr. 77. D. 6. 1. — const. 28. C. 8. 54. — v. Savigny §. 27. A. Kienast Darstellung der Lehre vom constituto possessorio. Ingolstadt 1819.

§. 228.

c) Verlust des Besitzes durch Beides zugleich.

Durch corpus und animus zugleich hört der Besitz auf, wenn der Besitzer die Sache einem Anderen in der Absicht übergibt, daß dieser sie als seine eigene Sache besitzen soll (si vacuam tradit possessionem) (*a*), sowie auch wenn er dieselbe derelinquirt (*b*).

(*a*) fr. 33. fr. 18. §. 2. D. 41. 2.
(*b*) §. 47. J. 2. 1.

§. 229.

3. Verlust durch Stellvertreter.

Sowie der Besitz durch Stellvertreter erworben werden kann, so kann er auch durch solche fortgesetzt und verloren werden (*), und zwar nach folgenden näheren Bestimmungen: 1. Der Besitz kann verloren gehen an den Stellvertreter selbst. Dazu ist aber die bloße Willensänderung desselben nicht hinreichend, sondern es muß entweder die Zustimmung des bisherigen Besitzers (traditio brevi manu, s. §. 222, B.), oder ein körperliches Handeln von Seiten des Stellvertreters hinzutreten, welches bei beweglichen Sachen in der Unterschlagung derselben in diebischer Absicht (furtum, contrectatio) (*a*), bei unbeweglichen hingegen in der Dejection des bisherigen Besitzers besteht (*b*). 2. Der Besitz kann verloren gehen durch den Stellvertreter. Dieß tritt ein in allen Fällen, wo der Besitzer selbst seinen Besitz verloren haben würde, wenn auch keine Stellvertretung stattgefunden hätte: also namentlich a) bei beweglichen Sachen, wenn der Stellvertreter dieselben verliert, oder wenn sie ihm entwendet werden (*c*), oder wenn er sie einem Anderen übergibt (*d*); b) bei unbeweglichen Sachen, wenn er selbst mit Gewalt entsetzt wird, wo der Besitz des bisherigen Besitzers sogleich verloren ist (*e*); wenn er hingegen blos zugibt, daß ein Dritter sich der Sache bemächtigt, sei es aus Nachlässigkeit (desidia), oder in böser Absicht (dolo), so schadet dieß dem bisherigen Besitzer nicht eher, als bis er selbst, wenn er seinen Besitz geltend

machen will, von dem Dritten zurückgedrängt wird, oder ihn gar nicht zu stören wagt (*f*). 3. Dagegen geht der Besitz durch den Stellvertreter nicht verloren, wenn dieser blos die Detention der Sache auf einen Anderen überträgt (*g*), wenn er stirbt oder wahnsinnig wird (*h*) und wenn er die Sache blos verläßt, ohne daß sich ein Anderer derselben bemächtigt (*i*). Ebenso wird 4. der Besitz durch den Stellvertreter erhalten, wenn auch der Besitzer selbst dejicirt wird, wofern nur der Stellvertreter sich in der Detention der Sache behauptet (*k*).

(*) v. Savigny §. 33.
(*a*) fr. 3. §. 18. D. 41. 2. Vergl. fr. 1. §. 2. fr. 67. pr. D. 47. 2. Eine Ausnahme findet statt, wenn der Stellvertreter, der sich auf diese Weise den Besitz selbst zueignen will, in der Gewalt des Besitzers sich befindet. fr. 15. D. 41. 2.
(*b*) Wegen fr. 25. §. 2. fr. 46. D. ibid. (S. oben §. 226. not. *g*) fr. 12. fr. 18. pr. D. 43. 16.
(*c*) fr. 25 pr. fr. 15. fr. 3. §. 13–16. D. 41. 2.
(*d*) fr. 33. §. 4. D. 41. 3.
(*e*) fr. 1. §. 22. D. 43. 16.
(*f*) const. 12. C. 7. 32., welche wohl nur von unbeweglichen Sachen verstanden werden darf, theils wegen fr. 3. §. 8. D. 41. 2., theils wegen fr. 33. §. 4. D. 41. 3., theils wegen der Worte: „sive servus, sive procurator, vel colonus, vel inquilinus," und wobei also auch der allgemeine Grundsatz in fr. 25. §. 2. fr. 46. D. 41. 2. — „donec revertentes nos aliquis repellat" zur Anwendung kommen muß. Wir behalten Mackeldey's Ausspruch über die höchst bestrittene Auslegung der const. 12 cit. unverändert bei. Gleicher Ansicht ist Kierulff Theorie des gem. Civilrechts. B. 1. S. 398. S. aber auch auf der einen Seite: v. Savigny a. a. O. — Löbenstern in Linde's Zeitschr. B. 9. Nr. 13. — v. Keller Pand. §. 163 am E. — und auf der anderen Seite: v. Vangerow Pand. B. 1. §. 209 u. die dort angeführten Schriftsteller.
(*g*) fr. 30. §. 6. D. 41. 2.
(*h*) fr. 25. §. 1. D. ibid. — fr. 31. §. 3. D. 41. 3.
(*i*) fr. 3. §. 8. fr. 44. §. 2. D. 41. 2.
(*k*) fr. 1. §. 45. D. 43. 16. — — „si quis me vi deiecerit, meos non deiecerit, non posse me hoc interdicto (*Unde vi*) experiri: *quia per eos retineo possessionem, qui deiecti non sunt.*"

Zweiter Titel.

Von den possessorischen Interdicten.

§. 230.

I. Von den possessorischen Interdicten im Allgemeinen.

Manche prohibitorische und restitutorische Interdicte (*a*) beziehen sich auf den Besitz und werden deshalb possessorische Interdicte genannt. Dieselben sind von verschiedener Art, namentlich (*b*): 1. entweder solche, welche auf Seiten des Klägers einen schon wirklich erworbenen Besitz voraussetzen, zu dessen Schutz sie gerade bestimmt sind, und diese gehen alsdann entweder auf Schutz eines blos gestörten, aber noch nicht aufgehobenen Besitzes (interd. retinendae possessionis), oder auf Wiedererlangung eines verlorenen Besitzes (interd. recuperandae possessionis) (*c*); 2. oder solche, die auf Seiten des Klägers keinen bereits erworbenen Besitz voraussetzen, sondern vielmehr auf die Erlangung eines Besitzes, den er noch nicht hatte, gerichtet sind (interd. adipiscendae possessionis) (*d*).

(*a*) S. oben §. 191. Note *o* ff. Die interdicta retinendae possessionis gehören zu den prohibitorischen, die interdicta recuperandae possessionis zu den restitutorischen Interdicten, die interdicta adipiscendae possessionis sind meistentheils restitutorisch und nur selten prohibitorisch (s. aber auch fr. 2. §. 3. D. 43. 1).

(*b*) §. 2. J. 4. 15. — fr. 2. §. 3. D. 43. 1. — Gajus IV. 143 seq.

(*c*) Auf diese beiden Arten der Interdicte bezieht sich der Ausdruck: possessio ad interdicta allein (§. 212. 213). Nur diese sind als rechtliche Folgen des Besitzes anzusehen, weshalb sie auch vorzugsweise possessorische Interdicte genannt werden. Sie gehören daher auch nur allein hierher, wo vom Schutze des erworbenen Besitzes die Rede ist, während die interd. adispiscendae possessionis immer bei denjenigen Lehren angegeben werden müssen, zu welchen sie gehören. S. unten §. 326. 693. 714.

(*d*) §. 3. J. 4. 15. — Gajus IV. §. 144—147. — v. Savigny §. 35.

§. 231.

II. Insbesondere: A. Interdicta retinendae possessionis (*a*).

1. Erforderniſſe (*aa*).

Um ein Recht zu diesen Interdicten, oder vielmehr zu den ihnen entsprechenden Klagen zu haben, ist erforderlich: 1. daß juristischer Besitz wirklich erworben ist. Auf das Recht, zu besitzen, kommt es indeß ebenso wenig an, als darauf, daß der Besitz rechtmäßig erworben ist (*b*). 2. Daß der Besitz gewaltsam verletzt worden ist (*c*). Unter Gewalt wird hier jede Handlung verstanden, die wider den Willen des Besitzers vorgenommen wurde (*d*). 3. Daß derselbe nicht wieder verloren gegangen ist (*e*); denn ist dieses der Fall, so finden die interd. recuperandae possessionis statt.

(*a*) v. Savigny §. 37. — Rudorff in der Zeitschr. f. gesch. RW. B. 7. S. 90. — v. Tigerström im Arch. f. civ. Prax. B. 22. Nr. 3. — Bruns das Recht des Besitzes §. 6. 12. 23. 31. 37. — O. v. Theodori über das Interdict des R. R zur Erhaltung des Besitzes. München 1858. — S. auch §. 191 Note *o* ff., §. 192 Note *p*, §. 232 Note *a* und §. 234 Note *a*.

(*aa*) Im Justinianeischen Rechte, welches hier zunächst darzustellen ist, handelt es sich nicht mehr um wirklich zu gebrauchende Interdicte, sondern nur um Klagen, welche zugelassen werden, wie wenn ein Interdict vorher gegeben worden wäre. S. oben §. 192 Note *p* und besonders §. 8. J. 4. 15. „De ordine et vetere exitu interdictorum supervacuum est hodie dicere. Nam quotiens extra ordinem ius dicitur (qualia sunt hodie omnia iudicia), non est necesse reddi interdictum: sed perinde iudicatur sine interdictis, ac si utilis actio ex causa interdicti reddita fuisset." Theophilus ad h. l. bezeichnet eine solche Klage geradezu als utilis actio *ex interdicto*. Daraus folgt, daß es nach Justinianeischem Rechte nicht blos auf die Voraussetzungen eines ehemaligen Interdictes, sondern auf die Voraussetzungen der Klage aus dem Interdict ankommt, was besonders bei prohibitorischen Interdicten (wie die interdicta retinendae possessionis) von Wichtigkeit ist, indem aus diesen natürlich nicht mit Erfolg geklagt werden konnte, so lange dem in dem Interdicte enthaltenen Verbote nicht zuwider gehandelt worden war. Schmidt Interdictenverf. S. 328 ff. — Bei dem alten Verfahren traten hier natürlich die Eigenthümlichkeiten der interdicta prohibitoria ein. (S. oben §. 191. Note *r* und *rr*.) Wegen der Duplicität (§. 233.) wurden aber gewöhnlich zwei Wetten abgeschlossen, über welche zu entscheiden war, und dazu kam noch als eine besondere Eigenthümlichkeit die fructus licitatio, vermittelst welcher bestimmt wurde, welche Partei den Gegenstand bis zur Entscheidung des Besitzstreites besitzen soll. Gaj. IV. §. 166—169. Schmidt Interdictenverf. S. 284 ff. Vergl. v. Keller Grundriß der Institutionen §. 48.

(*b*) fr. 2. D. 43. 17. „Iusta enim an iniusta *adversus caeteros* possessio sit, in hoc interdicto (*Uti possidetis*) nihil refert: qualiscunque enim possessor, hoc ipso, quod possessor est, plus iuris habet, quam ille, qui non possidet." Die Worte „adversus caeteros" sind nicht zu übersehen; denn hat der Besitzer den Besitz von seinem jetzigen Gegner vi, clam oder precario erworben, so kann er gegen denselben von diesen Interdicten keinen Gebrauch machen. Vergl. §. 4 in fin. J. 4. 15. — Gajus IV. §. 148. 150. — fr. 1. §. 9. fr. 3. §. 10. D. 43. 17. — fr. 53. D. 41. 2. Dieses gilt nicht nur, wenn der eigentliche Kläger, sondern auch, wenn der (als Widerkläger

zu betrachtende) Beklagte den Besitz hat. (Vergl. §. 233.) A. M. ist v. Savigny S. 481. S. aber v. Vangerow Pand. B. 1. §. 336, I. 4. — Puchta Inst. B. 1. §. 225. — v. Keller in der Zeitschr. f. gesch. RW. B. 11. S. 321 ff. Streitig ist es jetzt, ob in solchen Fällen der gewesene Besitzer nur Abweisung oder sogar, wie wenn er noch im Besitz wäre, Verurtheilung seines jetzt besitzenden Gegners verlangen kann. Bisher nahm man allgemein das Letztere an; jetzt erklärt sich aber dagegen Schmidt d. Interdictenverfahren S. 112 ff. Vergl. Arndts Pand. §. 172. Anm. 2.

(*c*) Dies war keine Voraussetzung des Interdictes, wohl aber eine Voraussetzung der utilis actio ex interdicto. Man s.: fr. 1. pr. D. 43. 17. — fr. 1. pr. D. 43. 31. und vergl. Note *aa*.

(*d*) fr. 1. §. 5—7. D. 43. 24. — fr. 20. pr. §. 1. D. ibid. — fr. 73. §. 2. D. 50. 17. Beispiele finden sich im fr. 3. §. 2—4. D. 43. 17. — fr. 11. D. 43. 16.

(*e*) S. jedoch hinsichtlich des älteren Rechtes auch §. 232 bei Note *c* und hinsichtlich einer Streitfrage oben Note *b* am Ende.

§. 232.

2. Arten.

Unter diesen Voraussetzungen findet zum Schutze im Besitze einer unbeweglichen Sache das interd. uti possidetis, oder vielmehr die Klage aus demselben, statt (*a*). Wegen beweglicher Sachen wurde das interdictum utrubi gegeben (*b*). Bei diesem kam es früher darauf an, daß man in dem größeren Theile des letzten Jahres im juristischen Besitze gewesen war (*c*). Nach Justinianeischem Rechte gilt aber hier ganz dasselbe, wie bei dem interdictum uti possidetis (*d*). Wann diese beiden und wann andere ähnliche Interdicte, und nach Justinianeischem Rechte die entsprechenden Klagen, zum Schutze einer *quasipossessio iuris* zulässig sind, davon unten in der Lehre von den Servituten.

(*a*) §. 4. J. 4. 15. — Dig. XLIII. 17. — Cod. VIII. 6. — v. Savigny §. 38. — Carl Albert über das interdictum Uti possidetis der Römer. Halle 1824. — L. H. Wiederhold das interd. Uti possidetis und die novi operis nunciatio. Hanau 1831. — L. Schmidt üb. das poss. Klagerecht des jur. Besitzes gegen seinen Repräsentanten. Gießen 1838.

(*b*) §. 4. J. cit. — Dig. XLIII. 31. — v. Savigny §. 39.

(*c*) Jedoch ohne den Besitz vi, clam oder precario von dem jetzigen Gegner erworben zu haben. §. 4. J. cit.

(*d*) §. 4. cit. — fr. 1. §. 1. D. l. c.

§. 233.

3. Duplicität.

Die beiden im §. 232 genannten Interdicte waren interdicta duplicia (§. 193. Note *b*.) (*a*) und die ihnen entsprechenden Klagen, die das Justinianeische Recht gewährt, sind actiones duplices (*b*). Der Erfolg hängt daher nicht davon ab, welche der beiden Parteien das Interdict auswirkt, oder nach neuerem Rechte die Klage anstellt, sondern es wird vielmehr gehalten, wie wenn beide Parteien dieses gegen einander thäten. So kann es namentlich eben so gut dazu kommen, daß der Implorant, als dazu, daß der Implorat verurtheilt werden muß.

(*a*) fr. 2. pr. D. 43. 1. — fr. 3. §. 1. D 43. 17. — fr. 37. §. 1. D 44. 7. — §. 7. J. 4. 15.

(*b*) §. 7. J. cit. Die Duplicität der Klage hat aber nur dann praktische Bedeutung, wenn der Beklagte das von dem Kläger in Anspruch genommene jus possessionis für sich in Anspruch nimmt, nicht auch dann, wenn es sich blos um die Frage handelt, ob der Beklagte zum Ersatze des durch eine Störung dem Kläger angeblich verursachten Schadens zu verurtheilen sei. Schmidt Interdictenverf. S. 180 ff. S. 286 .

§. 234.

4. Zweck.

Der Zweck der Klage, die nach Justinianeischem Rechte durchgesetzt werden kann (*a*), wie wenn das interd. uti possidetis oder utrubi vorher gegeben worden wäre (*aa*), ist Zuerkennung des Besitzes und Verurtheilung des Gegners zum Ersatz des durch die bisherige Störung zugefügten Schadens (*b*).

(*a*) Ueber den Zweck der fraglichen Interdicte selbst vergl.: v. Savigny §. 37—39. — v. Vangerow Pand. §. 336. — Puchta Vorles. §. 133. — Keller in der Zeitschrift für geschichtl. RW. B. 11. Nr. 9. S. 304 ff. — Rudorff ebendas. Nr. 10. — Schmidt Interdictenverf. S. 60 ff. S. 331.

(*aa*) In Deutschland ist ein possessorium summarium oder summariissimum und ein possessorium ordinarium üblich, aber nicht überall in gleichem Sinne. Vergl. v. Savigny Besitz §. 51. — Bruns Bes. §. 28. 33. 44. u. S. 397 ff. — Bayer summar. Proc. S. 168 ff. — Delbrück die dingliche Klage des deutschen Rechts §. 18 ff. — Bluntschli in der krit. Ueberschau B. 6. S. 205 ff. — Pagenstecher vom Eigenth. Abth. 3. S. 207 ff. — Bruns in Bekker's u. Muther's Jahrb. B. 4. Nr. 1. — Sintenis gem. prakt. Civilr. §. 46. Note 24.

(*b*) fr. 1. pr. fr. 3. §. 11. D. 43. 17. Auf vollständigen Ersatz kann aber nur innerhalb eines Jahres nach der Störung geklagt werden. fr. 1. pr. cit., vergl. mit fr. 4. D. 43. 1.

§. 235.

B. Interd. recuperandae possessionis. 1. Interdictum unde vi (*).

Wer I. durch Gewalt den Besitz einer unbeweglichen Sache verloren hat, kann denselben mit dem interdicto unde vi wieder fordern (*a*). Dieses Interdict, und nach neuerem Recht die ihm entsprechende Klage, setzt voraus, daß derjenige, welcher es anstellen will, den juristischen Besitz wirklich erworben hatte (*b*) und daß ihm dieser Besitz von einem Anderen durch unrechtmäßige und gegen seine Person gerichtete Gewalt entzogen worden ist (*c*). Dieses Interdict (*d*) kann 1. von demjenigen angestellt werden, welcher die Sache im juristischen Besitz hatte, und von dem Erben desselben (*e*); 2. es findet statt gegen denjenigen, welcher der unmittelbare oder mittelbare Urheber der Dejection ist (*f*), gegen dessen Erben aber nur insofern dieser bereichert ist (*g*), gegen den dritten Besitzer der Sache gar nicht (*gg*); 3. der Zweck desselben geht dahin, daß der deiectus wieder in die Lage gesetzt werde, in welcher er sich vor der Dejection befand, und auf Schadenersatz (*h*); 4. es erlischt nach Ablauf eines Jahres seit der Dejection; nach dieser Frist kann es gegen den Dejicienten nur insoweit angestellt werden, als er durch die Dejection reicher geworden ist (*i*).

(*) Cicero pro Caecina, u. darüb. besonders: Henr. Const. Cras Diss. qua specimen iurispr. Ciceron. exhib. S. Ciceronem iustam pro Caecina causam dixisse ostenditur. Lugd. Bat. 1769. — Keller Semestr. L. 2. p. 293 seq. — Gajus IV. 154. — §. 6. J. 4. 15. — Dig. 43. 16. — Cod. 8. tit. 4. 5. — v. Savigny §. 40. — Thibaut im Arch. für civ. Prax. B. 1. Nr. 7. — Geiger in Linde's Zeitschr. B. 13. Nr. 10. — Bruns §. 7. u. 15. — Molitor la possession p. 140 seq. — v. Keller Grundriß §. 51. Ueber fr. 1. pr. D. l. c. insbesondere s.: Schmidt Interdictenverf. S. 127 u. 128. — Huschke in Linde's Zeitschr. n. F. B. 14. S. 81.

(*a*) fr. 1. §. 3—6. D. 43. 16. Vergl. unten §. 451. Note *c*.

(*b*) fr. 1. §. 9. 23. ibid. Darauf, ob der deiectus den Besitz von demjenigen, der ihn mit Gewalt aus demselben vertreibt, vi, clam oder precario erworben hatte, kommt hier nichts an. Nach älterem Rechte war dieses eine Eigenheit des interd. de vi armata, nach neuerem Rechte gilt es auch bei dem interd. de vi quotidiana. Vergl.

Gaj. IV. §. 154. 155. mit §. 6. J. 4. 15. (§. 231. Note *b*.) Daß auch der bloße Detentor sich dieses Interdictes bedienen könne, behauptet Thibaut im Arch. f. civ. Praxis. B. 18. S. 361.
(*c*) fr. 1. §. 3. 21. 29. fr. 3. §. 6. 7. D. 43. 16. — fr. 9. pr. D. 4. 2.
(*d*) Wie weit es wegen gewaltsamer Entziehung der Ausübung von Servituten zulässig ist, davon unten im 3. Cap. — fr. 3. §. 13—16. D. 43. 16. — fr. 9. §. 1. ibid. — fr. 60. pr. D. 7. 1. — fr. 27. D. 39. 5. — fr. 4. §. 27. D. 41. 3.
(*e*) fr. 1. §. 30. 44. D. 43. 16.
(*f*) fr. 1. §. 12. 15. fr. 3. §. 10—12. D. ibid.
(*g*) fr. 1. §. 48 fr. 3. pr. fr. 9. pr. ibid. Auch gegen Personen, denen man Ehrfurcht schuldig ist, findet nur eine actio in factum statt. fr. 1. §. 43 ibid.
(*gg*) fr. 3. §. 10. D. 43. 17. Nach Canonischem Rechte findet es auch gegen den dritten malae fidei possessor statt. cap. 18. X. 2. 13. Es führt hier den Namen actio spolii. Darüber und über die exceptio spolii s.: v. Savigny §. 50. — Bruns §. 16—23. — Seuffert Pand. §. 415. — Delbrück die dingl. Klage d. deutsch. R. §. 22 ff. 63 ff. — Maassen in Bekker's u. Muther's Jahrb. B. 3. Nr. 8.
(*h*) fr. 1. §. 31. D. 43. 16. Vergl. fr. 1. §. 41. 42. fr. 6 ibid.
(*i*) fr. 1. pr. ibid.

§. 236.

2. Interd. de clandestina possessione und 3. Interd. de precario.

Im Wesentlichen auf denselben Grundsätzen beruht II. das sehr zweifelhafte interdictum de clandestina possessione, wenn Jemanden der Besitz einer unbeweglichen Sache heimlich entzogen worden ist (*a*), von welchem jedoch nach neuerem Rechte keine Rede mehr sein kann (*b*), und III. das interdictum de precario, wenn Jemand dem Anderen den Gebrauch einer Sache precario oder die Ausübung einer Servitut precario verstattet hat und dieser die Sache auf Verlangen des Ersteren zurückzugeben oder die Ausübung der Servitut zu unterlassen sich weigert (*c*).

(*a*) fr. 7. §. 5. D. 10. 3. — v. Savigny §. 41. — v. Keller Pand. §. 159.
(*b*) Den Grund s. oben §. 221. not. *b*. §. 226. not. *g*.
(*c*) Dig. 43. 26. Besonders fr. 2—4. fr. 15. §. 2. ibid. — const. 2. C. 8. 9. — Pauli sent. rec. lib. 5. tit. 6. §. 10. 11. — v. Savigny §. 42. — Puchta Instit. B. 2. §. 225. am E. — G. E. Schmidt das Commodatum und Precarium. Leipz. 1841. (Darüber: K. A. Schmidt von Ilmenau in Richter's und Schneider's krit. Jahrb. Jahrg. 7. S. 769 ff.) — Bulling das Precarium. Leipzig 1846. — Brinz Pand. B. 1. S. 87. — Keller a. a. O.

Zweites Capitel.

Vom Eigenthume.

Quellen, allgemeine, für das ältere Recht besonders: Gaj. II. §. 1—97. — Ulpian. tit. 19. — Für das neuere Recht: Inst. II. 1. — Dig. XLI. 1. — Cod. VII. 25.

Literatur: Ueber das ältere Recht: Hugo RG. S. 191—231. S. 509—537. S. 922 bis 925. — Heidelberger Jahrb. für Jurisprudenz. Zweiter Jahrg. 1809. S. 328. — Gans Scholien zu Gajus, 5te Scholie. — J. G. Dernburg Beitr. zur Gesch. der Röm. Testamente. S. 155—159. 316. — Fr. Ballhorn, genannt Rosen, üb. Dominium. Lemgo 1822. — M. Manhayn über den Ursprung u. die Bedeutung der res mancipi et nec mancipi. Frankfurt a. M. 1823. — Unterholzner über die verschied. Arten des Eigenthums; im Rhein. Museum für Jurispr. B. 1. S. 129. (Darüber: M. S. Mayer in der Tüb. krit. Zeitschr. B. 4. S. 65.) — Puggé,

Kann eine res nec manc. in bonit. Eigenthum stehen? im Rhein. Mus. f. Jurispr. B. 2. S. 292 ff. — Zimmern über das bonitarische Eigenthum; ebendas. B. 3. S. 311. — Schilling Bemerkungen über R. Rechtsgesch. S. 58—77. — K. Th. Pütter die Lehre vom Eigenthume. Berlin 1831. S. 76—126. — M. S. Mayer über das duplex dominium des Röm. Rechts; in der Zeitschr. für geschichtl. RW. B. 8. S. 1. — Unterholzner zur Lehre vom s. g. bonitarischen Eigenthum (gegen Zimmern); im Rhein. Museum für Jurispr. B. 5. (1.) S. 1. — K. A. v. Vangerow über die latini Juniani. Marb. 1833. S. 70 ff. — Dessen Pand. B. 1. §. 295. — Ch. Giraud recherches sur le droit de propriété chez les Romains sous la république et sous l'empire. T. 1. Aix 1838. 8. — C. F. Fabricius de duplici apud Romanos dominio. Vratisl. 1840. 8. — Bluntschli d. Occupation, in Sell's Jahrb. B. 1. Nr. 7. — Puchta Instit. B. 2. §. 235 ff. — Walter Gesch. des R. R. B. 2 §. 559 ff. — v. Keller Grundriß §. 35. 37. 44. 57. 62. — Ueber das neuere Recht: Donelli comm. iur. civ. Lib. 9. c. 8—12. — E. Chr. Westphal System des Röm. Rechts über die Arten der Sachen, Besitz, Eigenthum und Verjährung. Frankf. und Leipzig 1791. — Joh. Theodor Reinhard Vers. einer system. Einl. in die Lehre vom Eigenthumsrechte. Frankf. u. Leipz. 1800. — F. C. Gesterding ausführliche Darstellung der Lehre vom Eigenthum. Greifswald 1817. — Pütter a. a. O. S. 149—168. — A. Ch. J. Schmid Handbuch des gegenw. geltenden gemeinen deutschen bürg. Rechts. Besonderer Theil. Erster Band. Leipzig 1847. — E. Sell Röm. Lehre des Eigenthums. 2te Aufl. Bonn 1852. — E. Pagenstecher die Röm. Lehre vom Eigenthum in ihrer modernen Anwendbarkeit. 3. Abth. Heidelb. 1857—1859. — B. Leist über die Natur des Eigenthums; in s. civ. Stud. B. 2. Jena 1859.

Erster Titel.

Von dem Begriffe und der Natur des Eigenthums.

§. 237.

I. Begriff des Eigenthums.

Eigenthum im weiteren Sinne heißt Alles, was zu unserem Vermögen gehört, unser eigen ist, es sei körperlich oder unkörperlich (*a*). Wendet man nun diesen allgemeinen Begriff von Eigenheit auf körperliche Sachen an, so ergibt sich der Begriff von Eigenthum im engeren Sinne (dominium) (*b*). Dieses besteht also seinem Begriffe und Wesen nach in der Proprietät einer körperlichen Sache, d. h. darin, daß die Sache selbst uns zugehört, unsere Sache ist (*c*). Seiner Natur nach ist das Eigenthum ein unbeschränktes und ausschließliches Recht. Es begreift also in sich das Recht, auf jede nicht unerlaubte Art über die Substanz der Sache zu verfügen, dieselbe zu besitzen, zu benutzen und jede fremde Einwirkung auf dieselbe auszuschließen (§. 266) (*d*).

(*a*) fr. 49. D. 50. 16. In diesem weiteren Sinne ist auch im Röm. Rechte zuweilen die Rede von einem dominio ususfructus, servitutis et hereditatis: fr. 3. D. 7. 6. — fr. 8. pr. D. 42 5. — §. 7. J. 2. 19. — fr. 48. pr. D. 28. 5.; ebenso von einer vindicatio servitutis, pignoris, successionis: fr. 9. D. 39. 1. — fr. 16. §. 3. D. 20 1. — const. 4. C. 6. 9. Vergl. fr. 25. pr. D. 44. 7. Ueber diese Ausdehnung des Begriffs von Eigenthum s. man: du Roi im Arch. für die civ. Pr. B. 6. S. 252 ff. S. 386 ff. Dagegen: G. F. Puchta im Rhein. Museum für Jurispr. Jahrgang 1. S. 286.

(*b*) Daher: „corporis dominus" im Gegensatze desjenigen, welcher nur ein ius in re hat; fr. 13. §. 1. D. 39. 2. S. überhaupt: Glück Comm. Th. 8. §. 576.

(*c*) fr. 13. pr. D. 41. 1. — fr. 1. §. 1. D. 29. 5. Ueber Versuche, das Eigenthum zu definiren, siehe z. B.: Böcking Instit. B. 2. §. 134. — Pagenstecher a. a. O. Abth. 1. S. 3 ff. — Brinz Pand. B. 1. §. 51. 52.

(*d*) Vergl. Hasse Beitr. zur Lehre von der ehel. Gütergemeinschaft §. 12—14.

§. 238.

II. Freies und beschränktes Eigenthum.

Das Eigenthum ist seiner Natur nach ein unbeschränktes und ausschließliches Recht. Es kann aber in der einen wie in der anderen Beziehung beschränkt sein, ohne daß der Eigenthümer darum aufhört, Eigenthümer zu sein (*a*). Wenn nun alle im Eigenthume liegenden Rechte sich beim Eigenthümer selbst befinden, und der freien Ausübung derselben kein Recht eines Anderen an der Sache entgegensteht, so ist es volles und freies Eigenthum, proprietas plena (s. g. dominium plenum). Wenn dagegen das ganze Benutzungsrecht der Sache von der Proprietät getrennt ist und als dingliches Recht einem Anderen zusteht, so heißt das zurückbleibende Recht des Eigenthümers nuda proprietas (s. g. dominium minus plenum) (*b*). Außerdem kann aber das Eigenthum auch noch durch andere iura in re, die einem Anderen außer dem Eigenthümer an der Sache zustehen, auf mannigfaltige Weise beschränkt sein. In Fällen dieser Art ist es alsdann unfreies oder belastetes Eigenthum.

(*a*) fr. 25. pr D. 50. 16.

(*b*) fr. 4. D. 23. 3. — fr. 126. §. 1. D. 45. 1. — fr. 2. pr. fr. 17. D. 7. 4. — §. 4. J. 2. 4. — Der Inhaber derselben heißt dominus proprietatis, im Gegensatze des usufructuarius, fr. 15. §. 6. fr. 72. D. 7. 1. — fr. 9. pr. §. 4. D. 7. 9. — fr. 66. D. 23. 3. — fr. 57. D. 24. 3. — fr. 33. D. 6. 1. — Vergl. Löhr in s. Mag. B. 3. (1.) S. 483. B. 4. (2) S. 135. S. auch unten §. 278.

§. 239.

III. Widerrufliches Eigenthum.

Das Eigenthum kann in Folge eines besonderen Vorganges auch seiner Dauer nach beschränkt sein. Dies ist besonders alsdann (*a*) der Fall, wenn man es unter einer s. g. Resolutivbedingung erworben hat, die in dem Sinne festgesetzt worden ist, daß es mit ihrem Eintritt wieder von selbst, ohne einen Act der Uebertragung, an den früheren Eigenthümer zurückfallen soll (*b*), so daß diesem alsdann die Eigenthumsklage gegen jeden Besitzer der Sache zusteht und alle in der Zwischenzeit von dem einstweiligen Eigenthümer vorgenommenen Veräußerungen, auch solche, wodurch die Sache blos mit iura in re belastet wurde, von selbst zusammenfallen (resoluto iure concedentis resolvitur ius concessum) (*c*). Mit einem solchen Falle darf man den Fall nicht verwechseln, wenn der Eigenthümer, sei es auch aus einem mit der Art der Erwerbung seines Rechtes zusammenhängenden Grunde, nur obligirt ist, das Eigenthum auf einen Anderen, sei dies auch der frühere Eigenthümer, von welchem er es erworben hat, zu übertragen (*d*). Hier ist nur eine persönliche Klage gegen den Obligirten zulässig und die in der Zwischenzeit von diesem giltig vorgenommenen Veräußerungen, namentlich die Belastungen der Sache mit iura in re, bleiben bestehen. Auch eine Resolutivbedingung, unter welcher man das Eigenthum erwirbt, kann möglicherweise diesen Sinn haben. Für beide Classen von Fällen gebraucht man heut zu Tage die Ausdrücke dominium revocabile, widerrufliches Eigenthum; aber man nennt das Eigenthum in Fällen der ersten Art dom. rev. *ex tunc* und in Fällen der letzten Art dom. revoc. *ex nunc* (*e*).

(*a*) Mit diesem Falle steht aber z. B. der auf einer Linie, wenn man als Erbe eine Sache erwirbt, die einem Anderen unter einer s. g. Suspensivbedingung giltig ver-

macht ist. const. 3. C. 6. 43. — fr. 11. §. 1. D. 8. 6. Ferner hat der Fall große Aehnlichkeit, wenn der Eigenthümer seine Sache einem Anderen unter einer Suspensivbedingung tradirt. W. Sell über bedingte Traditionen. Zürich 1839. §. 1 ff., besonders §. 16.

(*b*) fr. 41. pr. D. 6 1. — fr. 4. §. 3. D. 18. 2. — fr. 2. §. 4. 5. D. 41. 4. — const. 1. 4. C. 4. 54. Thibaut civil. Abh. S. 366. — Glück Comm. Th. 16. zu Buch 18. Tit. 2. 3. — Seuffert Erört. S. 92. — Zimmern im Arch. für civ. Pr. B. 5. S. 234. — Fritz ebendas. B. 8. S. 286. — A. M. Riesser in Linde's und Marezoll's Zeitschr. B. 2. S. 1 ff. S. aber: Fritz Erläut. B. 1. H. 2. S. 254 ff. — W. Müller civ. Abh. Nr. 7. — Thibaut im Arch. für civ. Prax. B. 16. Nr. 14. — W. Sell a. a. O., besonders §. 32.

(*c*) Z. B. fr. 3. D. 20. 6. — fr. 4. §. 3. D. 18. 2. — Fritz im Arch. a. a. O.

(*d*) Z. B. const. 8. 10. C. 8. 56.

(*e*) Ueber Revocabilität dinglicher Rechte überhaupt: Sintenis in Linde's Zeitschrift B. 20. Nr. 2.

§. 240.

IV. Miteigenthum.

Das Eigenthum ist seinem Begriffe nach ein durchaus ausschließliches Recht, d. h. was dem Einen wirklich gehört, kann eben darum nicht auch einem Anderen gehören. Das Eigenthum an einer und derselben Sache kann also immer nur Einem zustehen, und es läßt sich nicht denken, daß von Mehreren Jeder Eigenthümer der ganzen Sache sei (*a*). Wohl aber läßt es sich denken, daß eine Sache sich im gemeinschaftlichen Eigenthume Mehrerer befindet, so daß Jedem nur ein idealer Antheil daran zusteht (*b*). Hier ist alsdann Keiner Eigenthümer der ganzen Sache, sondern Jeder ist nur Eigenthümer seines idealen Antheiles, von diesem ist er aber auch Allein-Eigenthümer. Die Neueren nennen dies Miteigenthum oder condominium (*c*).

(*a*) fr. 5 §. 15. D. 13. 6. — „duorum in solidum dominium vel possessio esse non potest." fr. 3. §. 5. D. 41. 2. — Vergl oben §. 217 und Hasse Beitrag zu der Theorie von der ehelichen Gütergemeinschaft §. 11. — Gesterding vom Eigenthum §. 9.

(*b*) Im Römischen Rechte wird dies bezeichnet durch: plures rem pro indiviso possident, oder durch: res, quam cum alio communem habet, im Gegensatze von: res, quam solus habet. fr. 4 §. 7. D. 10. 1. — fr. 8. D. 6. 1. — fr. 5. D. 45. 3. — fr. 25. §. 1. D. 50. 16.

(*c*) F. F. Weichsel über gemeinschaftliches Eigenthum, Gemeinheiten und Servituten. Magdeburg 1824.

Zweiter Titel.

Von der Erwerbung des Eigenthums (*a*).

§. 241.

I. Allgemeine Erfordernisse der Erwerbung.

Die Erwerbung des Eigenthums erfordert: 1. Eine erwerbfähige Person. Unfähig ist Jeder, welcher überhaupt kein Vermögen haben kann (*b*). Wer aber nicht für sich selbst Etwas erwerben kann, sondern Alles für Andere erwirbt, kann für diese auch Eigenthum erwerben (*c*). 2. Eine Sache, woran Eigenthum erworben werden kann, und zwar von demjenigen, der es erwerben soll (*d*). 3. Eine rechtmäßige Erwerbungsart (acquisitio, species s. genus acquisitionis, causa acquirendi, jetzt s. g. modus acquirendi (*e*).

Diese ist entweder eine acquisitio per universitatem, wenn das Eigenthum an Sachen dadurch erworben wird, daß man auf dem Wege der successio per universitatem in das Vermögen, zu welchem sie gehören, eintritt; oder acquisitio rerum singularum, wenn das Eigenthum an einzelnen Sachen, als solchen, erworben wird (*f*). Beide Gattungen von Erwerbungsarten beruhen theils auf dem Civilrechte, theils auf dem prätorischen Rechte. Die auf dem Civilrechte beruhenden acquisitiones rerum singularum sind entweder acquisitiones naturales s. iuris gentium, oder acquisitiones civiles s. iuris civilis, je nachdem sie auf Rechtssätzen beruhen, die bei den civilisirten Völkern des Alterthums überhaupt galten, oder auf solchen, die zu den Eigenthümlichkeiten des Römischen Rechtes gehörten (*g*). Diese Unterscheidung gilt auch noch im Justinianeischen Rechte (*h*). Man darf damit nicht verwechseln (*i*) die Unterscheidung zwischen Erwerbungsarten, durch welche auch nach vorjustinianeischem Rechte das dominium ex iure Quiritium, und zwischen solchen (*k*), durch welche damals nur das in bonis esse erworben wurde, welchen letzteren aber Justinian (*l*) dieselbe Wirkung beilegte, wie den ersteren. Die acquisitiones per universitatem (*m*) können hier noch nicht erörtert werden, aber auch von den acquisitiones rerum singularum sollen hier nur diejenigen betrachtet werden, die jetzt schon ihre vollständige Erläuterung erhalten können (*n*).

(*a*) Inst. 2. 1. — Dig. 41. 1. — Donelli comm. iur. civ. Lib. 4. c. 7—37. Lib. 5. c. 1—31. — Gust. Frid. Haenel Diss. de acquirendo rerum dominio. Lips. 1817. — Gesterding §. 11.

(*b*) Wer nur nicht wollen kann, wie z. B. der Wahnsinnige, der ist nur von denjenigen Erwerbungsarten ausgeschlossen, welche auf Handlungen des Erwerbenden beruhen. S. z. B. §. 3. J. 3. 1. — fr. 63. D. 29. 2.

(*c*) Inst. 2. 9. S. oben §. 183.

(*d*) §. 7. J. 2. 1. — fr. 6. §. 2. D. 1. 8. — §. 4 J. 2. 20. — fr. 49. §. 2. D. 31. — const. 1. 2. C. 1. 10.

(*e*) Die sonst gewöhnliche Theorie: zu jeder Erwerbung des Eigenthums sei ein titulus und ein davon verschiedener modus acquirendi erforderlich, welche sich noch bei Höpfner Comm. §. 393. und bei so vielen älteren und gleichzeitigen Schriftstellern findet, ist grundfalsch. S. darüber: Hugo civ. Mag. B. 1. 2te Ausg. S. 83. B. 4. S. 137. — Thibaut Versuche B. 1. nr. 11. — Schöman Handb. des Civilr. B. 2. nr. 7. — Seuffert Erört. B. 2. S. 15. 23. 27. — Glück Comm. Th. 8. §. 578. — Haenel l. c. §. 2. 3. — Fritz Erläut. B. 1. S. 249 ff.

(*f*) §. 6. J. 2. 9.

(*g*) Gaj. II. §. 18 seq. — Ulp. XIX.

(*h*) §. 11. J. 2. 1. — fr. 1. pr. D. 41. 1.

(*i*) Diese Ansicht ist jedoch immer noch nicht die allgemeine. Dagegen s. namentlich die oben S. 22 und 23 citirten Schriften von Hugo und Puchta, ferner Ch. Th. de Scheurl num iuris gentium acquisitionibus dominium civile Romanorum effectum sit. Erlang. 1836. 8. Dafür aber namentlich die dort angeführten: Dernburg, Unterholzner, Zimmern, Schilling u. Walter.

(*k*) Dahin gehören namentlich alle prätorische Erwerbungsarten und die traditio rerum mancipi. Durch usucapio konnte das in bonis habere in dominium ex iure Quiritium verwandelt werden. So lange dieses nicht geschehen war, konnte der s. g. bonitarische Eigenthümer sein Recht, wenn er nicht im Besitze war, gegen jeden Besitzer, auch den quiritarischen Eigenthümer, dessen Eigenthum in einem solchen Falle nudum ius Quiritium oder nudum *ex jure* Quir. hieß, mit einer utilis rei vindicatio, und wenn er im Besitze war, gegen die Klage des etwaigen quiritarischen Eigenthümers durch eine exceptio geltend machen. S. die oben S. 22. u. 23. citirten Quellen und Schriftsteller.

(*l*) const. un. C. 7. 25.

(*m*) Dahin gehörte im älteren Rechte besonders die acquisitio per arrogationem (§. 551.), per conventionem uxoris in manum mariti, per emtionem bonorum debitoris obaerati (§. 484 d.), per hereditatem et bonorum possessionem und noch einige andere. S. überhaupt: Gajus II. 98. III. 77 seq. — Inst. III. 10—12 (11—13).

Im neueren Rechte ist von allen diesen nur noch die Erwerbung durch Erbschaft übrig geblieben, §. 6. J. 2 9, wovon unten im vierten Buche gehandelt werden wird.

(*n*) Also z. B. nicht die Erwerbung des Eigenthums durch Legate (§. 705 ff.) und viele andere Fälle, in welchen unmittelbar durch gesetzliche Vorschrift (ipso iure, lege) Eigenthum erworben wird, wie durch die zweite Ehe und bei verschuldeter Ehescheidung (§. 535—537).

§. 242.

II. Einzelne Erwerbungsarten. A. Occupation.

Die Occupation ist diejenige Erwerbungsart des Eigenthums, welche auf dem Grundsatze beruht: res nullius cedit occupanti, d. h. wer sich einer herrenlosen Sache in der Absicht, sie sich zuzueignen, bemächtigt, erwirbt eben dadurch das Eigenthum derselben (*a*). Nach dem Römischen Rechte gibt es drei Arten der Occupation (*aa*), nämlich: 1. die Occupation lebendiger herrenloser Sachen, wohin nach Röm. Rechte alle wilden Thiere gehören, welche auf der Erde, in den Gewässern oder in der Luft leben, vorausgesetzt, daß sie sich noch in ihrer natürlichen Freiheit befinden und noch nicht eingefangen sind, oder wenn sie schon einen Herrn hatten, ihre natürliche Freiheit wieder erlangt haben. Diese Art der Occupation begreift daher unter sich die Jagd, die Fischerei und den Vogelfang (*b*). 2. Die Occupation lebloser herrenloser Sachen, oder das Finden (*c*); jedoch ist weder der gefundene Schatz (*d*), noch sind verlorene, oder in der Noth über Bord geworfene Sachen als herrenlos zu betrachten (*e*). 3. Die Erbeutung im Kriege, indem das Röm. Recht auch Sachen des Feindes als herrenlos ansieht und daher die Occupation derselben gestattet (*f*), wobei denn aber oft eine Rückkehr in das vorige Eigenthum (postliminium) eintritt (*g*), jedoch nur bei den wieder eroberten unbeweglichen und einigen Arten von beweglichen Sachen (*h*). Nach dem heutigen deutschen Rechte sind alle drei Arten der Occupation viel eingeschränkter (*i*).

(*a*) fr. 3. D. 41. 1. „Quod nullius est, id ratione naturali occupanti conceditur." Gaj. II. 66—69. — §. 12—18. J. 2. 1. — Gesterding vom Eigenthume §. 13 bis 19. — W. Brouwer de iure occupandi. Lugd. Bat. 1822. D. Heisselink de dominio ejusque acquirendi modis per occupationem et accessionem. Gröning. 1821. —

(*aa*) Die folgende Classification ist die gewöhnliche. S. aber auch Fritz Erläut. B. 1. H. 2. S. 318.

(*b*) §. 12. 16. J. 2. 1. „Nec interest, feras bestias et volucres utrum in suo fundo quisque capiat, an in alieno." fr. 1. §. 1. fr. 2—6. D. 41. 1. — fr. 1. §. 1. D. 41. 2.

(*c*) §. 18. 47. J ibid. — fr. 1. §. 1. D. 41. 2.

(*d*) Dem Finder als solchem fällt blos die Hälfte zu, vorausgesetzt, daß er nicht nach dem Schatze gesucht hat. Die andere Hälfte gehört immer dem Eigenthümer des Grundstückes, in welchem er gefunden wird. Dasselbe gilt von dem ganzen Schatze, wenn der Finder nach demselben gesucht, oder der Eigenthümer ihn selbst gefunden hat. §. 39. J. 2. 1. — fr. 3. §. 10. D. 49. 14. Vergl. Gajus II. §. 7. Die neueste Verordnung über das Finden eines Schatzes enthält const. un. C. 10. 15. — Fr. Ortloff comm. iur. Rom. de thesauris. Erlang. 1818. Ueber das Finden eines Schatzes in einer beweglichen Sache s.: W. Sell Vers. Th. 1. Nr. 3.

(*e*) §. 48. J. 2. 1. — Dig. 41. 7. Ueber das Finden fremder Sachen vergl.: Delbrück in d. Jahrb. f. Dogmatik u. s. w. B. 3. S. 1 ff. — Sintenis Civilrecht §. 50. Note 4.

(*f*) §. 17. J. 2. 1. — fr. 5. §. 7. fr. 51. §. 1. D. 41. 1. — Gesterding §. 18.

(*g*) Dig. 49. 15. — Cod. 8. 51. — Die neueste Schrift darüber ist: E. F. Hase das ius postliminii und die fictio legis Corneliae. Halle 1851.

(*h*) Nämlich bei Sclaven, Kriegsschiffen, Kriegslastschiffen, Kriegspferden und Kriegsmaulthieren. fr. 2. 3. fr. 20. §. 1. fr. 28. D. 49. 15. Vergl. auch oben §. 120. Note *o*.

(*i*) Ueber das heutige Recht s überhaupt: Jo. Ant. Seidensticker Comm. de fundamentis iuris supremae potestatis circa adespota. Götting. 1789. Ferner in Ansehung der Jagd: Gesterding §. 15 und Schmid §. 7. S. 57 ff.; in Ansehung der Kriegseroberung: Gesterding §. 19. — B. W. Pfeiffer das Recht der Kriegseroberung in Beziehung auf Staatscapitalien. Cassel 1823. — Kritz Rechtsfälle B. 1. Nr. 7. — Schmid §. 7. S. 69 ff.

§. 243.

B. S. g. Specification.

Die s. g. Specification ist diejenige Erwerbungsart, wo Jemand durch Umgestaltung einer fremden Sache, besonders durch Verarbeitung eines fremden Stoffes zu einer neuen Species, das Eigenthum dieser letzteren erwirbt (*a*). Hat hier derjenige, welcher die neue Species hervorbringt, diese theils aus eigenem, theils aus fremdem Stoffe gemacht, so erwirbt er jedesmal das Eigenthum derselben (*aa*); hat er hingegen die neue Species blos aus fremdem Stoffe gebildet, so läßt sie sich entweder auf ihre frühere Gestalt zurückbringen, oder dieß ist nicht möglich (*b*). Im ersten Falle erwirbt der Eigenthümer des Stoffes auch das Eigenthum der neuen Species, wogegen er den Specificanten, wenn dieser sich nur in bona fide befand, für seine Arbeit entschädigen muß (*c*). Im zweiten Falle erwirbt der Specificant das Eigenthum der neuen Species (*d*), vorausgesetzt, daß er die Absicht hatte, diese für sich zu verfertigen (*dd*), und dabei macht es in Beziehung auf den Eigenthumserwerb keinen Unterschied, ob er bona oder mala fide handelte (*e*). So viel aber die Entschädigung des bisherigen Eigenthümers des Stoffes anbetrifft, so braucht der Specificant, wenn er bona fide handelte, nur insoweit er reicher geworden ist, Entschädigung zu leisten (*f*), handelte er aber mala fide, so haftet er als Dieb unbedingt für vollen Schadenersatz (*g*).

(*a*) Gesterding §. 35. — Ern. Guil. Aug. Koch Diss. de iure eius, qui speciem ex aliena materia fecit. Marb. 1829. Das Wort specificatio ist nicht Römisch, sondern es heißt immer speciem facere.

(*aa*) §. 25. in f. J. 2. 1. und besonders Theophil. ad h. l. Dies ist jedoch sehr streitig, besonders wegen fr. 5. §. 1. D. 6. 1. fr 12. §. 1. D. 41. 1. S. namentlich von Vangerow Pand. §. 310.

(*b*) §. 25. J. 2. 1. vergl. mit fr. 7. §. 7. fr. 12. §. 1. fr. 24. fr. 26. pr. D. 41. 1. — Gajus II. §. 79. — Theophilus ad §. 25. J. cit.

(*c*) Uebrigens hat er in dieser Hinsicht nur ein Retentionsrecht, so lange er sich im Besitze der neuen Species befindet, und die exceptio doli gegen den vindicirenden Eigenthümer. arg. §. 30 32. 33. 34. J. 2. 1. — fr. 23. §. 4. D. 6. 1. Der Specificant, welcher mala fide handelte, hat gar keinen Anspruch auf Entschädigung wegen seiner Arbeit. arg. §. 30. J. 2. 1.

(*d*) Das Ausdreschen fremden Getreides wird nach fr. 7. §. 7. in fin. D. 41. 1. gar nicht als Specification betrachtet, darum kann es kein Eigenthum geben. Vergl. Gaj. II. §. 79. — §. 25. J. 2. 1. — Koch l. c. § 6. A. M. ist Hofacker Princ. J. R. G. § 953.

(*dd*) Demjenigen, der die neue Species für sich verfertigt, steht derjenige gleich, der sie von einem Anderen für sich verfertigen läßt.

(*e*) §. 26 J. 2. 1. Nicht entgegen stehen: fr. 12. §. 3. D. 10. 4. — fr. 13. 14. §. 3. D. 13. 1. — fr. 4. §. 20. D. 41. 3. — fr. 52. §. 14. D. 47. 2. — Seuffert Erört. II. S. 17. — Koch l. c. §. 9. A. M. sind: Schweppe Röm. Privatr. B. 2. §. 241. — Unterholzner Verjährungslehre B. 1. S. 235. Note 245. — W. Sell Vers. B. 1. Nr. 5. — v. Scheurl Beitr. B. 1. S. 283 ff. — Dernburg in der krit. Zeitschr. B. 1. S. 146 ff. 295. S. aber: v. Vangerow Pand.

§. 310. — Puchta Pand. §. 154. Not. *h*. — Schmid §. 11. S. 172. — Pagenstecher Abth. 2. S. 117 ff.
(*f*) arg. fr. 14. D. 12. 6. und fr. 31. §. 3. D. 5. 3. — A. M. Dernburg a. a. O.
(*g*) Gajus II. 79. — arg. §. 26. J. 2. 1. — fr. 52. §. 14. D. 47. 2. — Koch l. c. §. 11. 12.

§. 244.

C. S. g. Accession.

Accession nennt man oft jedes Ereigniß, welches uns Eigenthum an einer Sache gibt, weil diese mit einer uns schon gehörigen Sache in ein gewisses Verhältniß tritt (*a*), besonders aber jedes Ereigniß, wodurch nach der Regel: res accessoria sequitur rem principalem oder cedit rei principali, der Eigenthümer derjenigen Sache, welche als die Hauptsache angesehen wird, von Rechtswegen auch Eigenthümer alles desjenigen wird, was zu der Hauptsache als Nebensache hinzukommt (*b*). Diese Erwerbungsart begreift sehr viele Fälle unter sich, die sich am einfachsten so abtheilen lassen, wie dieß in den §§. 245—251 geschieht (*c*).

(*a*) Also auch die Confusion. S. §. 250.
(*b*) Gesterding a. a. O. §. 25 ff. — Schmid §. 10. 12. 13. Das Wort accessio für Erwerbung des Eigenthums durch das Hinzukommen einer Sache zu der andern ist nicht Römisch, sondern accessio heißt bei den Römern die hinzugekommene Sache selbst, und auch diese nicht immer (§. 153).
(*c*) Die gewöhnliche Eintheilung in accessio naturalis, industrialis und mixta ist weder Römisch, noch richtig. S. darüber: Guyet Abhandl. S. 246.

§. 245.

1. Erwerb der Erzeugnisse unserer Sache.

Die Erzeugnisse einer Sache bilden, so lange sie mit der erzeugenden Sache verbunden sind, Bestandtheile derselben und gehören daher nothwendig dem Eigenthümer dieser Sache (*a*). Durch die Trennung von derselben werden sie Gegenstände eines selbstständigen Eigenthums, und dieses fällt, wenn kein Grund zu einer Ausnahme vorhanden ist (*b*), dem jetzigen Eigenthümer der erzeugenden Sache zu (*c*). Dieses gilt auch von den Jungen der Thiere, so wie von den Kindern der Sclavinnen (*d*).

(*a*) fr. 44. D. 6. 1. „Fructus pendentes pars fundi videntur."
(*b*) S. unten §. 265.
(*c*) fr. 25. pr. §. 1. D. 22. 1.
(*d*) Dabei gilt der Satz: partus sequitur ventrem. (Vergl. fr. 25. cit.) §. 19. J. 2. 1. — fr. 5. §. 2. D. 6. 1. — fr. 2—6. D. 41. 1. — const. 7. C. 3. 32.

§. 246.

2. Erwerb durch Verbindung mit unserer Sache. a) Mit einer unbeweglichen Sache. α) Zuwachs von Areal.

Einem Grundstücke, welches an einen öffentlichen Fluß gränzt, kann durch denselben auf verschiedene Weise Areal zuwachsen, vorausgesetzt, daß es nicht ein ager limitatus ist (*a*). 1. Wenn in der Mitte eines Flusses eine mit dem Boden zusammenhängende Insel entsteht (insula in flumine nata), so erwerben diejenigen, welche derselben gegenüber an den beiden Ufern des Flusses Grundstücke besitzen, das Eigenthum derselben verhältnißmäßig nach

der Breite ihrer an das Ufer gränzenden Grundstücke bis auf die durch den Fluß zu ziehende Mittellinie; wenn dagegen die Insel diesseits oder jenseits dieser Mittellinie entsteht, so erwerben auch nur diejenigen Uferbesitzer, auf deren Seite sie entsteht, das Eigenthum derselben, und zwar wieder nach Verhältniß der Breite ihrer angränzenden Grundstücke (*b*). 2. Wenn ein Fluß sein Bett verläßt und es trocken liegen läßt (alveus derelictus), so theilen sich die Eigenthümer der angränzenden Grundstücke in das alte Flußbett wie in eine neu entstandene Insel (*c*). Wenn dagegen ein Grundstück durch einen neuen Arm des Flusses zur Insel gemacht wird, so bleibt diese ihrem bisherigen Eigenthümer, und eben so wenig wird durch bloße Ueberschwemmung Eigenthum aufgehoben (*d*). 3. Wenn ein Fluß an ein Grundstück nach und nach Etwas anschwemmt (alluvio), so erwirbt der Eigenthümer des Grundstücks auch das Eigenthum des angeschwemmten Landes (*e*). 4. Wenn ein Fluß ein ganzes Stück Land auf einmal von einem Grundstücke abreißt und es an ein anderes ansetzt (avulsio), so erwirbt der Eigenthümer dieses letzteren das abgerissene Stück, aber erst dann, wenn es mit dem seinigen fest zusammengewachsen ist (*f*).

(*a*) fr. 16. D. 41. 1. — fr. 1. §. 6. 7. D. 43. 12. Heut zu Tage kommen dergleichen agri nicht vor.
(*b*) Gajus II. §. 72. — §. 22. J. 2. 1. — fr. 7. §. 3. fr. 56. fr. 65. §. 4. D. 41. 1. — fr. 1. §. 6. D. 43. 12. — Köchy civ. Erört. Samml. 1. Nr. 1.
(*c*) §. 23. J. ibid. — fr. 7. §. 5. fr. 30. §. 1. 2. D. 41. 1. — const. 1. C. 7. 41.
(*d*) §. 22. 24. J. 2. 1. Vergl. fr. 7. §. 6. D. 41. 1. — fr. 1. §. 9. D. 43. 12.
(*e*) Gajus II. §. 70. — §. 20. J. 2. 1. — fr. 7. §. 1. fr. 16. fr. 56. D. 41. 1. — const. 3. C. 7. 41. — Gesterding im Arch. für civ. Pr. B. 3. S. 68. und in s. Nachforschungen Th. 3. S. 360. Dasselbe gilt, wenn der Fluß von einem Ufer weiter zurücktritt. fr. 12. pr. fr. 30. §. 1. 3. D. 41. 1. — Arndts §. 153.
(*f*) Gaj. II. §. 71. — §. 21. J. 2. 1. — fr. 7. §. 2. D. 41. 1. — Gesterding §. 26 und im Arch. f. civ. Prax. B. 3. S. 70. — Köchy civ. Erört. Nr. 1. — K. S. Zachariä über die durch Ueberschwemmung fortgerissenen Sachen. Wittenb. 1799. — du Caurroy interpretation du §. 21. J. de rer. div.; in der Thémis T. 6. p. 143. — Gesterding Nachforsch. Th. 3. S. 363.

§. 247.

β) Andere Fälle.

Ereignisse, wodurch vermittelst einer unbeweglichen Sache Eigenthum ohne Zuwachs an Areal erworben wird, sind: das Bauen (inaedificatio), wo nach der Regel: solo cedit quod solo inaedificatur, der Eigenthümer des Grund und Bodens auch Eigenthümer des darauf gesetzten Gebäudes wird (*a*), und das Säen und Pflanzen (satio et plantatio), wo nach der Regel: solo cedit quod solo implantatur, der Eigenthümer des Grundstücks auch das Eigenthum der Saat und der Pflanze erwirbt (*b*).

(*a*) Gajus II. 73. — §. 29. 30. J. 2. 1. — fr. 23. §. 6. D. 6. 1. — fr. 6. D. 10. 4. — fr. 1. 2. D. 47. 3. S. aber auch §. 251.
(*b*) §. 31. 32. J. 2. 1. — fr. 7. §. 13. fr. 9. pr. D. 41. 1. — Gajus II. 74—76. Das Eigenthum der Saat sogleich, das Eigenthum der Pflanze aber erst, wenn diese Wurzel gefaßt hat.

§. 248.

b) Mit einer beweglichen Sache α) Verbindung im engeren Sinne.

Werden zwei verschiedenen Eigenthümern gehörige bewegliche Sachen zu einem Körper verbunden, ohne daß die Stoffe derselben einander durchdringen,

so erwirbt der Eigenthümer der Hauptsache auch das Eigenthum der damit verbundenen Nebensache. Durch eine nachherige Trennung lebt aber das frühere Eigenthum wieder auf; auch kann der frühere Eigenthümer der Nebensache, wo eine Trennung möglich ist, mit der actio ad exhibendum darauf klagen, um dann seine Sache zu vindiciren (*a*). Einzelne Arten einer solchen Verbindung sind namentlich: das Einweben (intextura) (*b*), das Anschweißen (adferruminatio) (*c*), das Malen (pictura), bei welchem das Gemälde (*d*), und das Schreiben, bei welchem das Material als die Hauptsache angesehen wird (*e*).

(*a*) fr. 6. fr. 7. §. 1. D. 10. 4. — fr. 23. §. 5. D. 6. 1.
(*b*) §. 26. J. 2. 1.
(*c*) fr. 23. §. 5. D 6. 1.
(*d*) §. 34. J. 2 1. „Ridiculum est enim, picturam Apellis vel Parrhasii in accessionem vilissimae tabulae cedere." — fr. 9. § 2. D. 41. 1. — fr. 23. §. 3. D. 6. 1. — Gaj. II. §. 78. — Marezoll in Löhr's Mag. Bd. 4. (2.) S. 366. (Darüber: Zimmern in Schunck's Jahrb. B. 1. S. 74.) — Puchta Pand. §. 164. vergl. mit Arndts Pand. §. 152. Anm. 3. Ueber Daguerreotypbilder s. v. Madai im Arch. für civ. Praxis B. 26. Nr. 8. Ueber Photographie u. Schriftdruck s. Böcking Instit. §. 152. Note 57. — Arndts in Richter's krit. Jahrb. B. 13. S. 819 ff. u. Pand. §. 152. Anm. 3.
(*e*) §. 33. J. 2. 1. — fr. 9. §. 1. D. 41. 1. — Gaj. II. §. 77. — Konopak Institut. §. 228.

§. 249.

β) Vermischung fester Körper.

Die Vermischung fester, verschiedenen Eigenthümern zugehörigen, Sachen (s. g. commixtio) (*a*), welche man gewöhnlich auch hierher rechnet, ist im Grunde keine Erwerbungsart des Eigenthums. Denn geschah sie mit Einwilligung beider Theile, so wird das aus der Mischung entstandene Ganze zwar im Zweifel gemeinschaftlich, allein dieses geschieht nach der Regel der Tradition; geschah sie durch Zufall, oder von einem der Eigenthümer allein, so bleibt Jedem sein voriges Eigenthum an seinen Sachen, die er von den Sachen des Anderen wieder absondern kann. Selbst wenn diese Absonderung unmöglich ist, wie z. B. bei vermischtem Getreide, wird eine eigentliche Gemeinschaft nicht angenommen; jedoch führt hier die von dem nicht besitzenden Eigenthümer anzustellende Eigenthumsklage zu demselben Resultat, wie bei einer eigentlichen Gemeinschaft die Theilungsklage (*b*).

(*a*) Die Neueren verstehen unter miscere oder commiscere nur die Vermischung fester, unter confundere nur die Vermischung flüssiger Sachen, allein bei den Römern werden beide Ausdrücke sowohl von festen als flüssigen Sachen gebraucht. fr. 3. §. 2. fr. 5. pr. § 1. D. 6. 1. — fr. 7. §. 8. D. 41. 1. — von Buchholtz Versuche Nr. 10.
(*b*) §. 28. J 2. 1. — fr. 5. pr. D. 6. 1. — Gesterding §. 36. In einem Falle begründet die commixtio aber doch schlechthin Eigenthum, nämlich dann, wenn eine Schuld mit fremdem Gelde bezahlt, oder fremdes Geld als Darlehen gegeben worden ist und der Empfänger es mit dem seinigen vermischt hat. fr. 78. D. 46 3. Vergl. fr. 11. §. 2. D. 12. 1.

§. 250.

γ) Vermischung flüssiger Sachen.

Das Zusammengießen flüssiger, verschiedenen Eigenthümern zugehöriger, Sachen (s. g. confusio) bewirkt, wenn es mit

Einwilligung beider Theile oder durch Zufall geschah, daß die Mischung gemeinschaftlich wird, und zwar ohne Unterschied, ob Sachen derselben oder verschiedener Art unter einander gemischt worden sind (*a*). Wenn es hingegen von einem Theile allein ohne Einwilligung des anderen geschah, so wird die Mischung nur dann gemeinschaftlich, wenn Sachen derselben Art unter einander gemischt sind (*b*); denn sind es Sachen verschiedener Art, so wird das Zusammengießen als eine Specification angesehen, und derjenige, welcher es vornahm, wird Eigenthümer des Ganzen, mit Vorbehalt der Entschädigung des Anderen, nach den in dieser Beziehung bei der Specification überhaupt geltenden Grundsätzen (§. 243.) (*c*).

(*a*) §. 27. J. 2. 1. — fr. 7. §. 8. 9. D. 41. 1. — Gesterding §. 37. — v. Buchholtz a. a. O. — Der Ausdruck durch Zufall soll hier wie im §. 249 auch den Fall umfassen, wenn es durch einen Dritten einseitig geschieht. Nur tritt in diesem Falle eine Ausnahme ein, wenn die Regeln des §. 243 über die s. g. Specification dazu führen.

(*b*) fr. 3. §. 2. fr. 4. D. 6. 1.

(*c*) fr. 5. §. 1. D. ibid. — fr. 12. §. 1. D. 41. 1. — §. 25. J. 2. 1. — Elvers allg. jurist. Zeit. 1830. S. 61—63.

§. 251.

Entschädigung des Verlierenden.

Wenn in den bisher (namentlich in den §§. 247 und 248) genannten Fällen Jemand etwas als Nebensache erwirbt, was bisher einem Anderen zugehörte, so gebührt diesem letzteren oft ein Anspruch auf Entschädigung. In dieser Hinsicht muß man unterscheiden: 1. Die Verbindung ist vorgenommen von demjenigen, welcher dadurch das Eigenthum einer Sache erwirbt, die bisher einem Anderen zugehörte; dann kommt es darauf an: a) ob er die Sache, welche er mit der seinigen in Verbindung brachte, bona fide für die seinige hielt; in diesem Falle braucht er den bisherigen Eigenthümer derselben nur in so weit zu entschädigen, als er reicher geworden ist (*a*); b) oder ob er sich bei der Adjunction in mala fide befand, dann haftet er wie ein Dieb unbedingt für vollen Schadenersatz (*b*). Bei der inaedificatio findet sich noch das Besondere (*bb*), daß der Eigenthümer der verbauten Materialien sein Eigenthum daran nicht verliert, aber so lange das Gebäude steht, kann er sie nicht vindiciren. Dagegen kann er mit der actio de tigno iuncto auf den doppelten Werth derselben klagen, und zwar ohne Unterschied, ob der Bauende in bona oder mala fide war (*c*). 2. Die Verbindung ist vorgenommen von demjenigen, welcher dadurch das Eigenthum einer ihm bisher zugehörigen Sache verliert. Befand sich derselbe alsdann a) in bona fide, so kann er, so lange er im Besitze ist, ein Retentionsrecht bis zu seiner Entschädigung ausüben und sich mit der exceptio doli gegen die Vindication des Eigenthümers schützen; ist er aber nicht mehr im Besitz, so hat er nach Römischem Rechte keine Klage (*d*). b) Befand er sich hingegen in mala fide, so verliert er sein bisheriges Eigenthum ohne alle Entschädigung (*e*), es wäre denn, daß die von ihm adjungirte Sache als nothwendiger Aufwand (§. 155.) anzusehen wäre (*f*). 3. Ist endlich die Verbindung durch Naturereignisse herbeigeführt, z. B. durch avulsio, so ist sie als Zufall zu betrachten, und es tritt daher für denjenigen, der dadurch gewinnt, keine Verbindlichkeit zur Entschädigung desjenigen ein, der dadurch verliert (*g*).

(*a*) fr. 5. §. 3. fr. 23. §. 5. D. 6. 1.
(*b*) §. 26. J. 2. 1. — fr. 52. §. 14. D. 47. 2.
(*c*) §. 29. J. 2. 1. — fr. 7. §. 10. D. 41. 1. — fr. 23. §. 6. D. 6. 1. — fr. 6. D. 10. 4. — fr. 1. D. 47. 3. — const. 2. C. 3.32. — Gesterding §. 30. — Göschen Grundr. S. 130. — E. Huschke ad leg. XII. tabular. de tigno iuncto comment. Vratisl. 1837. — Puchta in Linde's Zeitschr. B. 11. Nr. 10. (Auch in s. kleinen Schriften Nr. 24.) — v. Vangerow Pand. §. 300. — Schmid §. 10. S. 137 ff.
(*d*) §. 33. 34. J. 2. 1. — Gajus II. §. 76—78. — fr. 23. §. 4. D. 6. 1. Ueber §. 34. J. cit. s. Marezoll in Löhr's Mag. B. 4. (2.) S. 366. — Francke Beitr. zur Erläut. versch. Rechtsmaterien B. 1. Nr. 2. — Schmid § 10. S. 158. — Arndts Pand. §. 152. Anm. 4 — Jhering in d. Jahrb. für Dogmatik u. s. w. B. 1. S. 138 ff. — Sintenis Civilr. §. 52. Note 7.
(*e*) §. 30. 34. J. 2. 1. — fr. 7. §. 12. D. 41. 1. — Schmid §. 10. S. 145 ff.
(*f*) const. 5. C. 3. 32.
(*g*) Viele sind zwar anderer Meinung, aber §. 31. J. 2. 1. — fr. 5. §. 3. fr. 23. §. 4. 5. D. 6. 1. — fr. 7. §. 13. fr. 26. §. 2. D. 41. 1, worauf sie sich berufen, reden nur von der künstlichen Adjunction. Köchy civil. Erört. S. 13. Besonders: Guyet Abhandl. aus dem Gebiete des Civilrechts S. 246 ff. — Schmid §. 10. S. 125 u. 126.

§. 252.

D. Adiudicatio.

Die Adjudication oder das Zusprechen des Eigenthums einer Sache durch den Richter kommt vor bei den Theilungs-Processen. Diese sind das iudicium familiae herciscundae und das iudicium communi dividundo (*). Hier hat der Richter das Recht, das ausschließliche Eigenthum einer bisher gemeinschaftlichen Sache dem einen oder anderen Theilhaber zuzusprechen, und sein Spruch überträgt ipso iure das Eigenthum an der zugesprochenen Sache (*a*), vorausgesetzt, daß diese bisher wirklich eine gemeinschaftliche Sache der Theilhaber war und nicht etwa einem Dritten zugehörte (*b*).

(*) Marx de adiudicatione et de iudiciis divisoriis. Bonnae 1855. Auch bei dem iudicium finium regundorum, das zu den Theilungsprocessen im weiteren Sinne des Wortes gehört, kommt die adiudicatio vor, aber nicht ganz auf dieselbe Weise, wie bei den eigentlichen Theilungsprocessen. Hoffmann im Arch. für civ. Prax. B. 35. Nr. 10.
(*a*) Ulpian. XIX. 16. — §. 4—7. J. 4. 17. — const. 3. C. 3. 37.
(*b*) fr. 17. D. 41. 3. Nach der Regel: inter alios acta et iudicata aliis non nocent. Cod. 7. 60.

§. 253.

E. Tradition. 1. Begriff.

Die Uebergabe (traditio) (*a*), als Erwerbungsart des Eigenthums, beruht auf dem Grundsatze: Wem an einer Sache vom Eigenthümer in der Absicht, daß er das Eigenthum daran erlangen soll, der Besitz derselben eingeräumt wird (*aa*), der erlangt dadurch das Eigenthum (*b*), vorausgesetzt, daß er es erwerben will (*c*).

(*a*) Donelli comm. iur. civ. Lib. 4. c. 15—20. — Gesterding §. 20—23. — Glück Comm. Th. 8. §. 580—582. — Schmid §. 8.
(*aa*) Diese naturalis acquisitio war nach älterem Rechte nur bei den *nec mancipi res* hinreichend, um den Uebergang des domin. ex iure Quiritium zu bewirken. Bei den *mancipi res*, nämlich bei den unbeweglichen Sachen, welche im wahren Privateigenthum stehen konnten, d. h. bei den praedia in Italico solo, bei den Sclaven und bei denjenigen Zug- und Lastthieren, die nicht, wie die Elephanten und Kameele, zu

den Bestien gezählt wurden, vertrat die Stelle der *traditio* eine nur für Sachen dieser Gattung eingeführte civilis acquisitio, die *mancipatio*. Gaj. II. §. 15—22. — Ulp. XIX. §. 1—3. 7. Diese war ein feierlicher Scheinverkauf vor sechs männlichen mündigen Römischen Bürgern, nämlich fünf als Zeugen und einem als Waghalter (libripens), wobei ein Stück Kupfer als Kaufpreis scheinbar zugewogen (per aes et libram) und eine die Absicht des Actes ausdrückende hergebrachte Formel von dem Scheinkäufer (vielleicht auch eine entsprechende Formel vom Scheinverkäufer), unter Anfassung des Gegenstandes, wenn derselbe eine bewegliche Sache war, hergesagt wurde. Gaj. I. §. 119—122. — Ulp. XIX. §. 3—6. Uebrigens gab es noch eine zu den civiles acquisitiones gehörige gerichtliche Uebertragung, die sowohl bei den mancipi res anstatt der mancipatio, als bei den nec mancipi res anstatt der traditio gewählt werden konnte, die *in iure cessio*. Hier vindicirte derjenige, der die Sache erwerben sollte, dieselbe vor der Obrigkeit, wie wenn er einen Eigenthumsstreit per legis actionem einleiten (§. 190 Note *h*) wollte; der mit ihm gegenwärtige bisherige Eigenthümer unterließ, dazu aufgefordert, das contravindicare, oder erklärte ausdrücklich, daß er nicht contravindicire (in iure cedit rem), und darauf sprach die Obrigkeit sie jenem zu (addicit rem). Gajus II. §. 22—24. — Ulp. XIX. §. 9. 10. Wurde eine mancipi res nur tradirt, so ging das dominium ex iure Quiritium erst durch nachfolgende usucapio über. Gaj. II. §. 41. Nach dem prätorischen Edicte war aber die Sache, wenn es an keinem anderen Erforderniß zur Eigenthumsübertragung fehlte, bis zur vollendeten Usucapion in bonis desjenigen, dem sie tradirt worden war. Gaj. l. c. Nach Abschaffung des alten iudiciorum ordo kam die in iure cessio außer Gebrauch. Auch der mancipatio bediente man sich immer seltener. Justinian schaffte diesen Act ganz ab und setzte in der Lehre von dem Eigenthum die traditio an seine Stelle, const. un. C. 7. 25, so daß denn auch die Eintheilung der Sachen in mancipi res und nec mancipi res hinwegfiel, die in der const. un. C. 7. 31 auch noch ausdrücklich abgeschafft wurde. S. auch die Quellen- und Literaturcitate oben im Eingang dieses Capitels. Die verschiedenen Ansichten über die Unterscheidung zwischen mancipi und nec mancipi res sind zusammengestellt bei: Danz Lehrb. der Gesch. des Röm. R. B. 1. §. 124. — Böcking Instit. B. 1. §. 73. — Rein Privatr. S. 240 ff.

(*b*) const. 20. C. 2. 3. „Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur." Durch bloße Uebereinkunft sollen, wegen const. 23. §. 1. C. 1. 2., Kirchen, milde Stiftungen und Städte das Eigenthum erwerben. Dieses behauptet z. B. noch Thibaut im Arch. f. civ. Praxis B. 20. Nr. 1. S. aber v. Vangerow Pand. §. 311. Anm. 4.

(*c*) fr. 55. D. 44. 7.

§. 254.

2. Erfordernisse derselben. a) Eigenthum und freie Dispositions-Befugniß des Tradenten.

Durch Tradition kann nur Derjenige Eigenthum auf einen Anderen übertragen, welcher wirklich Eigenthümer der Sache ist und freie Dispositionsbefugniß darüber hat. Erfolgt daher die Veräußerung und Tradition von einem Nicht-Eigenthümer, so bewirkt sie kein Eigenthum auf Seiten des Empfängers (*a*), es wäre denn, daß jener aus einem besonderen Grunde zur Veräußerung der fremden Sache berechtigt wäre (*b*). Erfolgt dagegen die Veräußerung und Tradition zwar vom Eigenthümer der Sache, der aber keine Dispositionsbefugniß darüber hat, so ist sie ganz ungiltig und unwirksam (*c*).

(*a*) Nach der bekannten Regel im fr. 54. D. 50. 17. „Nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse habet." fr. 20. pr. D. 41. 1. Der Empfänger erwirbt hier höchstens Usucapionsbesitz. — Eine Ausnahme von jener Regel findet statt beim Fiscus, beim Regenten und bei der Regentin. Diese übertragen auch an fremden Sachen das Eigenthum sogleich, mit Vorbehalt der Entschädigungsklage des vorigen Eigenthümers gegen den Fiscus u. s. w. binnen vier Jahren. §. 14. J. 2. 6. — const. 3. C. 7. 37. — Seuffert Erört. II. S. 21.

(*b*) pr. J. 2. 8. „Accidit aliquando, ut qui dominus non sit, alienandae rei potestatem habeat." Z. B. der Pfandgläubiger. §. 1. J. ibid. — fr. 46. D. 41. 1.

(c) pr. J. 2. 8. „Accidit aliquando, ut — — — qui dominus sit, alienare non possit.“ So darf z. B. der Mann den fundus dotalis selbst nicht mit Zustimmung der Frau, und der Pupill seine Sachen nicht ohne Auctorität des Tutors veräußern. §. 2. J. ibid. — fr. 6. D. 45. 1.

§. 255.

b) Iusta causa (*a*).

Die Tradition einer Sache von Seiten des Eigenthümers bewirkt ferner nur dann Eigenthum auf Seiten des Empfängers, wenn sie in Gemäßheit einer iusta causa erfolgt (*b*), d. h. es muß ihr entweder ein Rechtsgeschäft oder ein sonstiges Ereigniß vorausgegangen sein, wodurch eine auf das Eigenthum der Sache gerichtete Forderung für den Empfänger derselben begründet wurde (*c*), oder es muß wenigstens eine andere Thatsache dabei zum Grunde liegen, wodurch der Tradent seine Absicht, das Eigenthum der Sache auf den Anderen übertragen zu wollen, zu erkennen gibt (*d*). Unter der Voraussetzung nun, daß die Absicht des Tradenten und des Empfängers wirklich auf Eigenthums-Uebertragung und Erwerbung gerichtet ist, schadet es nichts, wenn jeder Theil bei der Tradition an eine andere causa gedacht haben (*e*), oder wenn das Geschäft selbst oder das Creditgeben beim Kaufe durch Betrug veranlaßt sein sollte (*f*).

(*a*) Donelli comm. iur. civ. Lib. 4. c. 16. — Warnkönig im Arch. f. civ. Praxis B. 6. S. 111. — Schweppe Röm. Privatrecht B. 2. §. 242. — v. Savigny Obl.-R. B. 2. §. 78, besonders S. 256 ff. — Bähr die Anerkennung S. 13 ff. — G. L. Strempel üb. die justa causa bei der Tradition. Wismar u. Ludwigslust 1856.

(*b*) Fehlt es an einer solchen iusta causa, so bewirkt die Tradition kein Eigenthum. fr. 31. pr. D. 41. 1. „Nunquam nuda traditio transfert dominium, sed ita, si venditio aut aliqua iusta causa praecesserit, propter quam traditio sequeretur.“

(*c*) Erfolgt indeß die Tradition in Gemäßheit eines Kaufcontractes, so wird der Käufer durch dieselbe allein nicht Eigenthümer, sondern er muß auch von seiner Seite das Kaufgeld bezahlt haben, oder dieses muß ihm creditirt sein. §. 41. J. 2. 1. — fr. 19. 53. D. 18. 1. — fr. 5. §. 18. D. 14. 4. — fr. 11. §. 2. D. 19. 1. Vergl. unten §. 369.

(*d*) Z. B. §. 40. 46. J. 2. 1. — fr. 9. §. 7. D. 41. 1. — fr. 5. §. 1. D. 41. 7. — fr. 3. §. 1. D. 44. 7.

(*e*) fr. 36. D. 41. 1. — fr. 18. D. 12. 1. Darüber: Ed. Regenbrecht comm. ad L. 36. D. de acquirendo dom. et L. 18. D. de reb. cred. Berolini 1820. — Seuffert Erört. B. 2. S. 24 ff. — v. Vangerow Pand. §. 311. Anm. 3. — Wetzell Lex. XII. tabular. rer. furtivar. usucapionem prohibet. Monach. 1840. p. 64—68. — Puchta Pand. §. 148. Note *h*. und Dessen Vorles. zu diesem §. — Glück Comm. Th. 4. S. 152. Th. 8. S. 121. — Schmid §. 8. Note 29. — v. Scheurl Beitr. B. 1. S. 191 ff. — Hermann in Linde's Zeitschrift B. 4. S. 233. — Böcking Institut. §. 153 am E. — Dernburg im Arch. f. civ. Pr. B. 40. Nr. 1. — Pagenstecher Abth. 2. S. 219 ff. — Schütze in Bekker's u. Muther's Jahrb. B. 3. S. 429 ff.

(*f*) fr. 11. §. 5. fr. 13. §. 27. 28. D. 19. 1. — fr. 9. §. 3. D. 41. 1. — const. 5. 10. C. 4. 44. Vergl. jedoch: fr. 13. §. 1. fr. 14. D. 4. 4. Heise und Cropp jur. Abh. B. 2. S. 281. A. M. ist Weber Beitr. zu der Lehre von Klagen und Einreden. St. 1. S. 84.

§. 256.

3. Art und Weise derselben.

Durch die Tradition soll dem Empfänger eine Herrschaft über die Sache eingeräumt und eben dadurch bewirkt werden, daß die physische Möglichkeit, auf die Sache einzuwirken, zu der rechtlichen Möglichkeit hinzukomme (*).

Daraus folgt, daß, sobald die Möglichkeit der physischen Einwirkung auf die Sache auf Seiten des Empfängers vorhanden ist, die Tradition als geschehen angenommen werden muß. Auf welche Art dieß übrigens geschieht, ist juristisch ganz gleichgiltig (§. 221). Hiernach kann die Tradition geschehen: 1. dadurch, daß der Tradent die bewegliche Sache demjenigen, der sie empfangen soll, in die Hand gibt; 2. dadurch, daß er ihn in das Grundstück einführt, oder auch nur in der Nähe desselben oder von einem Orte, wo es gesehen werden kann, auf dasselbe, mit der Erklärung, ihm den Besitz desselben einräumen zu wollen, hinzeigt (*a*); 3. dadurch, daß er die bewegliche Sache vor dem Empfänger, oder auf dessen Befehl in dessen Hause, niederlegt (longa manu) (*b*); 4. dadurch, daß der Tradent die Sache einem Anderen gibt, dem der Empfänger sie gegeben wissen will (brevi manu) (*c*); 5. dadurch, daß derjenige, welcher die Sache ohnehin, aber im Namen eines Anderen besitzt, mit diesem einen Vertrag abschließt, nach welchem er sie von jetzt an in eigenem Namen besitzen soll. Ein Hin- und Hergeben ist hier nicht erforderlich (*d*). Diesen Fall bezeichnet man jetzt vorzugsweise mit dem Ausdruck traditio brevi manu (§. 222). 6. Umgekehrt dadurch, daß Jemand, der eine Sache bisher als Eigenthümer in eigenem Namen besaß, das Eigenthum einem Anderen überläßt und nun in dessen Namen die Sache zu besitzen fortfährt, was man jetzt constitutum possessorium zu nennen pflegt (§. 227) (*e*). Endlich kann die Tradition 7. dadurch geschehen, daß dasjenige übergeben wird, wodurch die physische Besitzergreifung der Sache möglich wird, z. B. die Schlüssel zu dem Behältnisse, worin sich die Sache befindet (*f*). Die Neueren sahen hierin bisher gewöhnlich nur ein Symbol der zu übergebenden Sache selbst und nannten daher diese Art der Uebergabe traditio symbolica, welche denn auch durch andere, die Sache repräsentirende Zeichen sollte vorgenommen werden können (*g*).

(*) v. Savigny vom Besitz §. 13—19.
(*a*) fr. 18. §. 2. D. 41. 2. — fr. 1. §. 21. D. ibid.
(*b*) fr. 79. D. 46. 3. — fr. 18. §. 2. D. 41. 2.
(*c*) fr. 15. D. 12. 1. — fr. 43. §. 1. D. 23. 3. — fr. 3. §. 12. D. 24. 1. — fr. 1. §. 21. D. 41. 2. — fr. 11. pr. D. 6. 2.
(*d*) fr. 9. §. 1. D. 6. 2. — fr. 9. §. 5. D. 41. 1. — §. 44. J. 2. 1. — fr. 9. §. 9. D. 12. 1.
(*e*) const. 28. C. 8. 54. — const. 35. §. 5. C. ibid. — fr. 18. pr. D. 41. 2. — fr. 77. D. 6. 1.
(*f*) §. 45. J. 2. 1. — fr. 9. §. 6. D. 41. 1. — fr. 1. §. 21. in fin. D. 41. 2. — fr. 74. D. 18. 1.
(*g*) Schmalz Handb. des Röm. Privatrechts. Königsberg 1801. §. 199. — Gesterding vom Eigenthum S. 154. 155. Allein man s. dagegen: v. Savigny S. 249.

§. 257.

F. Ersitzung. 1. Geschichtliche Einleitung.

Die Ersitzung des Eigenthums ist die Erwerbung desselben durch fortgesetzten Besitz (*a*). Die XII Tafeln gestatteten eine Eigenthumsersitzung (*b*), die später usucapio genannt wurde (*c*). Sie verlangten dazu bei dem fundus, welchem die Interpretation die Gebäude gleichstellte, einen zweijährigen, bei anderen Sachen einen einjährigen Besitz (*d*). Diese civilis acquisitio (*e*) des dominium ex iure Quiritium war hauptsächlich in zwei Fällen zulässig, nämlich einmal bei Sachen, deren Besitz man iusto titulo und bona fide erlangt hatte (*ee*), d. h. unter solchen Umständen, daß man zu dem Glauben berechtigt war und wirklich glaubte, man sei Eigenthümer (*f*), und dann bei mancipi

res, die man von dem vollkommenen Eigenthümer nur tradirt erhalten (*g*), sowie später überhaupt bei Sachen, die man nur in bonis hatte (*h*). Da sie quiritarisches Privat-Eigenthum geben sollte, so war sie natürlich unzulässig bei den gewöhnlichen praedia provincialia, die in diesem nicht stehen konnten (*i*). Das Bedürfniß, auch bei diesen einen Besitz, den man bona fide und iusto titulo erlangt hat, mit der Zeit einmal gegen alle Anfechtungen geschützt zu sehen, fand seine Befriedigung durch ein der usucapio nachgebildetes Institut des honorarium ius, die longi temporis praescriptio oder l. t. possessio. Ein auf die angegebene Weise erlangter und per longum tempus, welches zur Zeit der classischen Juristen schon überall inter praesentes in zehn und inter absentes in zwanzig Jahren bestand, ununterbrochen fortgesetzter Besitz sollte nämlich durch eine exceptio oder praescriptio vertheidigt (*k*) und in späterer Zeit, wenn er verloren ging, sogar mit einer in rem actio eingeklagt werden können (*l*). Wo weder die usucapio noch die longi temporis praescriptio stattfinden konnte, weil der Gegenstand durch eine besondere Vorschrift für unfähig erklärt war, oder es an dem erforderlichen bonum initium fehlte, da vertrat unter den christlichen Kaisern die dreißig- oder vierzigjährige Verjährung der Eigenthumsklage einigermaßen die Stelle derselben (*m*). Noch mehr ist dieses nach einer Verordnung Justinian's (*n*) der Fall, wenn man den dreißig- oder vierzigjährigen Besitz bona fide, sei es auch ohne iustus titulus, angefangen hat. Hier soll man nämlich nicht blos, wie bisher, als Besitzer durch eine exceptio gegen die Klage des bisherigen Eigenthümers sich schützen, sondern die Sache auch, wenn man außer Besitz kommt, von jedem Besitzer, selbst von dem bisherigen Eigenthümer, mit einer in rem actio einklagen können. Auch in der Lehre von der usucapio und von der longi temporis praescriptio traten unter Justinian bedeutende Aenderungen ein. Diejenige usucapio, wodurch das in bonis esse in volles Eigenthum verwandelt wurde, fiel hinweg durch die Verordnung, daß die bisherigen Erwerbungsarten des ersteren nun das letztere ohne hinzukommende Usucapion begründen sollen (*o*), und so blieb denn nur noch diejenige übrig, wodurch das Eigenthum an Sachen erworben wird, in deren Besitz man bona fide und iusto titulo gekommen ist, die nämliche usucapio, deren Stelle bisher bei gewöhnlichen praedia provincialia die longi temporis praescriptio vertrat. Justinian stellte diese den praedia in Italico solo ganz gleich, so daß nun ihrer Usucapion kein besonderes Hinderniß mehr im Wege stand. In der nämlichen Constitution (*p*) aber, in welcher er das Gebiet der Usucapion auf diese Weise erweitert, gestaltet er dieselbe hinsichtlich der zu ihrer Vollendung erforderlichen Zeit ganz um (*q*). Es soll nämlich zur Usucapion einer unbeweglichen Sache, sie mag liegen wo sie will, die Zeit erforderlich sein, welche man longum tempus zu nennen gewohnt war (*r*), und zur Usucapion einer beweglichen Sache ein Zeitraum von drei Jahren. Da man nun gewohnt war, bei den Ausdrücken usucapio und usucapere an eine Zeit von ein und zwei Jahren zu denken, so nennt Justinian die neue dreijährige Ersitzung in der erwähnten Verordnung quasi usucapio; auch verwandelten die Compilatoren in den Stellen, welche von der usucapio einer unbeweglichen Sache sprechen, gewöhnlich das Wort usucapio in die Worte longi temporis capio und das Wort usucapere in die Worte longo tempore capere (*s*).

(*a*) Gajus II. 41—61. — Ulpian. XIX. 8. — Paulus V. 2. — Cod. Theod. IV. 13. — Inst. II. 6. — Dig. XLI. 3—10. XLIV. 3. — Cod. VII. 26—40. — Nov. 22.

c. 24. — Nov. 119. c. 7. 8. — Nov. 131. c. 6. — CUJACII comm. ad tit. Dig de usucapionibus. In operib. T. 1. — DONELLI commentar. iur. civ. lib. 5. cap. 4 14—31. lib. 11. cap. 11. 12. — JAC. RAVE de praescriptionibus. Jenae 1766. Ed. nov. cura EICHMANNI. Halae 1790. — Thibaut üb. Besitz und Verjährung. Jena 1802. — Dabelow über die Verjährung. 2 Bände. Halle 1805. 1807. — J. DE WET de usucapione et praescriptione sec. princ. iur. Romani. Lugd. Bat. 1810. — Aug. Siegm. Kori Theorie der Verjährung nach gemeinen und sächsisch. Rechten. Leipz. 1811. — K. A. D. Unterholzner die Lehre von der Verjährung durch fortgesetzten Besitz. Breslau 1815. — Gesterding vom Eigenthume §. 39. — Ballhorn über dominium S. 233. — EVER. DUPONT Diss. de praescriptionibus secundum hodierni et Romani iuris praecepta. Leodii 1823. — F. E. Engelbach üb. die Usucapion zur Zeit der zwölf Tafeln. Marburg 1828. — Das vorzüglichste neuere Werk ist: K. A. D. Unterholzner Entwickelung der gesammten Verjährungslehre aus den gemeinen in Deutschland geltenden Rechten. 2 Bde. Leipzig 1828, 2te Aufl. besorgt von J. Th. Schirmer 1858. — Carl Friedr. Reinhardt die usucapio und praescriptio des Röm. Rechts. Stuttgart 1832. — Göschen Grundr. zu Pand.-Vorl. S. 108—117. — W. Hameaux die Usucapio und longi temporis praescriptio. Gießen 1835. — F. A. Schilling Lehrb. der Instit. u. Gesch. des Röm. Privatr. B. 2. §. 163 ff. — K. O. v. Madai Beitr. zur Dogmengeschichte des gem. Civilr. Riga 1839. S. 1—91. — Göschen Vorles. B. 2. §. 248 ff. — Puchta Inst. B. 2. §. 239 ff. — Sintenis Civilr. B. 1. §. 51. — Schmid §. 14. — W. Stephan im Arch. für civ. Pr. B. 34. Nr. 8. u. 16. — C. Sell §. 21 ff. — Stintzing das Wesen von bona fides und titulus in der Röm. Usucapionslehre. Heidelb. 1852. — v. Scheurl Beitr. B. 2. S. 29 ff. (Darüber: Arndts in der krit. Ueberschau B. 2. S. 157 ff.) — J. Th. Schirmer die Grundidee der Usucapion im Röm. Recht. Berl. 1855. — Böcking Inst. 2. Aufl. B. 2. §. 144 ff. — Schirmer in Linde's Zeitschr. n. F. B. 15. Nr. 7 u. 9. — Arndts Pand. 3. u. 4. Aufl. §. 157 ff. — E. Pagenstecher Abth. 2. S. 229 ff. — v. Keller Pand. §. 131 ff.

(*b*) CIC. Top. c. 4. pro Caecin. c. 19. Ueber den Ausdruck usus auctoritas vergleiche: Puchta §. 239. Note *c*. — MOMMSEN de auctoritate. 1843. §. 3. — Schirmer Grundidee S. 34. — Rudorff zu Puchta a. a. O.

(*c*) ULP. XIX. §. 8. — fr. 3. D. 41. 3. „*Usucapio* est adiectio dominii per continuationem possessionis temporis lege definiti." Aehnlich ISID. Or. V. 25.

(*d*) S. Note *b*. und vergl.: GAJ. II. §. 42. — THEOPHIL. ad pr. J. 2. 6.

(*e*) Daher der Satz: „adversus hostem (i. e. peregrinum) aeterna auctoritas." CIC. de offic. I. 12. — Vergl. darüber: Unterholzner B. 1. §. 30. und die dort Angeführten; ferner Holtius in Hugo's civ. Mag. B. 6. Nr. 27. und MOMMSEN l. c. — GAJ. II. §. 65.

(*ee*) Wann und wie diese Art der Usucapion aufkam, darüber sind die angef. neuesten Schriftsteller verschiedener Ansicht, und ebenso über die Natur der bona fides und des iustus titulus. Ueber den letzteren Punkt s. besonders Stintzing, v. Scheurl u. Schirmer.

(*f*) GAJ. II. §. 43. — pr. J. 2. 6. — fr. 2. §. 15. 16. D. 41. 4. Von Ausnahmsfällen, in welchen weniger erfordert wurde, später gelegentlich, namentlich von der alten usucapio pro herede in §. 261. Note *a*.

(*g*) GAJ. II. §. 41. — ULP. I. §. 16.

(*h*) GAJ. III. §. 80.

(*i*) GAJ. II. §. 46. Vergl. oben §. 24. a. Note *d*.

(*k*) PAUL. l. c. §. 3. 5. — fr. 76. §. 1. D. 18. 1. — Dig. 44. 3. — Cod. 7. 33—35. Die Wirksamkeit dieses Instituts gegen die Pfandgläubiger und seine Anwendung auf Servituten gehört noch nicht hierher. Wie weit es in der Lehre von der Erwerbung des Eigenthums auch noch bei anderen Sachen als Provinzialgrundstücken zur Anwendung kam, darüber s. Puchta Instit. §. 240. Ueber die Veranlassung zur Einführung desselben vergl.: Unterholzner B. 1. S. 43. — v. Schröter in Linde's Zeitschr. B. 2. S. 240. Note 1. — Hameaux a. a. O. S. 17 ff. — v. Madai allgem. Lit.-Zeit. 1836. Nr. 126. — Dessen Beitr. S. 11 ff. — Puchta a. a. O.

(*l*) const. 8. pr. C. 7. 39. Vergl. fr. 10. pr. D. 8. 5.

(*m*) S. oben §. 198. a. Note *b*. und überhaupt §. 198 a. ff.

(*n*) const. 8. §. 1. C. 7. 39.

(*o*) const. un. C. 7. 25.
(*p*) const. un. C. 7. 31.
(*q*) Daher die Rubrik des angeführten Titels: *de usucapione transformanda* etc. In der nämlichen Verordnung wurde die in §. 259. zur Sprache kommende accessio possessionis von der longi temporis praescriptio auf die usucapio in vollem Maße übertragen.
(*r*) Wie die Unterscheidung zwischen inter praesentes und inter absentes zu verstehen sei, das entschied Justinian in der const. 12. C. 7. 33.
(*s*) In pr. J. 2. 6. dagegen wird sowohl die dreijährige als die zehn= und zwanzigjährige Ersitzung des Eigenthums usucapio genannt. Ueber die streitige Frage, ob dieselbe die Natur der alten usucapio oder die der longi temporis praescriptio habe, oder ob man zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachen unterscheiden müsse, oder ob endlich eine vollkommene Verschmelzung durch Beseitigung der früheren Verschiedenheiten im Einzelnen herbeigeführt sei, s.: 1. Unterholzner §. 178. — Fritz Erl. B. 1. H. 2. S. 321 ff. — v. Vangerow Pand. §. 316. — v. Savigny System B. 6. S. 57 ff. — Sell S. 127. 2. Donell. Comm. V. cap. 4. — Schmid §. 14. Note 3. — A. Mayer über den Charakter der ord. Eigenthumsersitzung nach der const. un. C. de usucap. transform. Bamb. 1847. 3. v. Wening=Ingenheim Lehrbuch des gemeinen Civilr. §. 130. (II. §. 40.) — Hameaux a. a. O. — v. Madai a. a. O. §. 8 ff. 4. Arndts Beitr. S. 94—101. Pandekten §. 157. — Stephan a. a. O. — Pagenstecher S. 245 u. 246. — Vergl. v. Keller Pand. §. 131. a. E.

§. 258.

2. Arten.

Nach dem Justinianeischen Rechte gibt es zwei Arten der Eigenthumsersitzung (*a*), nämlich die ordentliche, welche in 3, 10 und 20, und die außerordentliche, welche in 30 oder 40 Jahren vollendet wird (*b*).

(*a*) Die Neueren haben für diese Lehre gewöhnlich den allgemeinen Ausdruck Verjährung (praescriptio, was in diesem allgemeinen Sinne zwar nicht im Röm., wohl aber im canonischen Rechte vorkommt). Darunter begreifen sie als besondere Arten: 1. die erwerbende Verjährung des Eigenthums und der Servituten u. s. w. (praescriptio acquisitiva). Von der Erwerbung des Eigenthums durch Ersitzung wird hier, von der Erwerbung der Servituten durch lange Ausübung derselben aber unten §. 291 d. gehandelt werden. 2. Die erlöschende Verjährung (s. g. praescriptio extinctiva) sowohl der Servituten durch lange Nichtausübung (non utendo, s. unten §. 292), als auch der Klagen wegen versäumter Anstellung derselben (temporis exceptio s. praescriptio), von welcher letzteren bereits oben §. 198 a. — 199 die Rede gewesen ist. Ueber diese Eintheilung der Verjährung überhaupt und den heutigen Sprachgebrauch s. man: Jo. Car. Lud. Ruff Diss. de differentia praescriptionis. Helmstad. 1800. — Pfeiffer verm. Auff. Nr. 7. — Thibaut a. a. O. §. 3. — Unterholzner Verjährungslehre B. 1. §. 2. 3.
(*b*) Die erstere nennt man bald usucapio bald longi temporis praescriptio, die letztere gewöhnlich longissimi temporis praescriptio.

§. 259.]

3. Allgemeine Erfordernisse jeder Ersitzung des Eigenthums.

Allgemeine Erfordernisse jeder Ersitzung sind folgende: 1. der Usucapient muß sich fortdauernd im juristischen Besitze der Sache befinden, deren Eigenthum er durch die Ersitzung erwerben will (continua possessio) (*a*). Eine Unterbrechung des Besitzes heißt usurpatio (*b*). 2. Der Besitz muß eine bonae fidei possessio sein (*c*). 3. Er muß eine bestimmte Zeit hindurch fortgedauert haben (*d*). Wenn indeß während der Verjährungszeit Mehrere im Besitze der Sache einander folgen, so tritt oft eine accessio possessionis s. temporis ein, d. h. der Besitz des Vorgängers wird mit dem Besitze des Nachfolgers zusammengerechnet (*e*). Diese accessio possessionis ist dem

Universal-Successor unvermeidlich und gereicht ihm zum Vortheile wie zum Nachtheile (*f*). Der Singular-Successor kann sich derselben bedienen, wenn er es für sich vortheilhaft findet, d. h. wenn der Besitz seines Vorgängers zur Ersitzung geeignet war und der seinige selbst es ist. Eignete sich aber der Besitz des Vorgängers nicht zur Ersitzung, so nutzt er freilich dem Singular-Successor nicht, schadet ihm aber auch nicht, wie er dem Erben schaden würde (*g*). 4. Eine ersitzungsfähige Sache. Aller Ersitzung schlechthin unfähig sind im Grunde nur die dem Verkehr der Menschen entzogenen Sachen (*h*), weil sich kein Eigenthum daran denken läßt; relativ, d. h. eine gewisse Zeit lang, aller Ersitzung unfähig sind diejenigen Dotalsachen, welche die Frau selbst bei Trennung der Ehe oder bei eintretender Insolvenz des Mannes vindiciren kann, so lange dieses nicht zulässig ist (*i*); ferner das s. g. adventitium ordinarium während der väterlichen Gewalt (*k*).

(*a*) fr. 25. D. 41. 3. — Greg. Majansii Diss. de possessione ad usucapionem requisita; in Disput. iur. civ. T. 2. nr. 60 — Unterholzner B. 2. §. 183.

(*b*) fr. 2. 5. D. 41. 3. — Unterholzner B. 1. §. 122—130. B. 2. §. 186. — Reinhardt von der usucapio S. 174.

(*c*) Majansii Diss. de bona fide ad usucapionem requisita; in Disput. iur. civ. T. 2. nr. 62. — C. A. Möllenthiel über die Natur des guten Glaubens bei der Verjährung. Erlangen 1820. — Unterholzner B. 1. §. 91—101. §. 117—121. B. 2. §. 178. 179. 185. — Harnier de probatione bonae fidei in praescriptionib. Cass. 1841. — Herrmann in Linde's Zeitschr. n. F. B. 4. S. 353 ff. — Stintzing, v. Scheurl, Schirmer, Böcking, Arndts u. v. Keller in den §. 258. Note *a.* cit. Schr. — Pagenstecher a. a. O. S. 233 ff. S. 304 ff. S. 335 ff. Nach dem Röm. Rechte ist nur erforderlich, daß der Ersitzende beim Anfange seines Besitzes in bona fide gewesen sei (mala fides superveniens non nocet), fr. 7. §. 4. fr. 2. §. 13. D. 41. 4. — fr. 15. §. 2. D. 41. 3, ausgenommen, wenn er den Besitz im Gefolge eines Kaufcontractes erwarb, wo er schon beim Abschluß des Contractes in bona fide gewesen sein muß. fr. 48. D 41. 3. — fr. 2. pr. D. 41. 4. Nach dem canonischen Rechte hingegen muß er die ganze Ersitzungszeit hindurch in bona fide sein, cap. 20. X. 2. 26. — „unde oportet, ut qui praescribit, in nulla temporis parte rei habeat conscientiam alienae." cap. 5. X. ibid. — cap. 2. de reg. iur. in 6to

(*d*) Majansii Diss. de tempore ad usucapionem statuto; in Dsp. iur. civ. T. 2. nr. 63. Die Zeit selbst ist verschieden bei den verschiedenen Arten der Ersitzung.

(*e*) §. 12. 13. J. 2. 6. — Dig. 44. 3. — Cod. 7. 31. — Majansii Diss. de possessionum accessionibus utilibus; in Disput. iur. civ. T. 2. nr. 61. — Unterholzner B. 1. §. 132—34. — Reinhardt a. a. O. S. 165 ff. — Denzinger die accessio possessionis nach dem Röm. und canonischen Rechte. Würzb 1842. — v. Vangerow §. 322. — Die accessio possessionis kam früher auch bei dem interdictum utrubi (s. oben §. 232) vor. Gaj. IV. §. 151. Auf die usucapio scheint sie zum Theil von der l. t. praescriptio allmählich übertragen worden zu sein. §. 12. 13. J. 2. 6. — const. un. C. 7. 31. In Beziehung auf die Verjährung der Eigenthumsklage und die daran sich anschließende außerordentliche Ersitzung wird sie in keiner Stelle erwähnt; allein die von ihr bei der ordentlichen Ersitzung geltenden Regeln sind hier analog anzuwenden.

(*f*) Wenn daher der Erblasser beim Erwerb des Besitzes in bona fide war, so kann der Erbe die Ersitzung vollenden, wenn er selbst auch in mala fide sein sollte (wenigstens nach Röm. Rechte, s. vorhin Note *e*.). Wenn dagegen der Erblasser in mala fide war, so kann der Erbe nicht usucapiren, wenn er selbst auch in bona fide sein sollte. §. 12. J. 2. 6. — fr. 2. §. 19. D. 41. 4. — fr. 11. fr. 14. §. 1. D. 44. 3. — fr. 30. pr. D. 4. 6. — const. 11. C. 7. 32. Vergl. fr. 43. pr. D. 41. 3.

(*g*) Der Singular-Successor kann daher in diesem Falle, wenn er selbst nur in bona fide ist, die Usucapion in seiner Person anfangen. §. 13. J. 2. 6. — fr. 13. §. 10. D. 41. 2. — fr. 14. 15. 16. D. 44. 3. — fr. 2. §. 17. D. 41. 4. — const. 1. 11. C. 7. 33. — const. 4. C. 3. 32.

(*h*) §. 1. J. 2. 6. — fr. 9. D. 41. 3. — Jos Fern. de Retes ad leges, edicta, const.

princ., ex quibus prohibita usucapio est; in MEERMAN thesaur. T. 6. pag. 461. — Unterholzner B. 1. §. 51—55.

(*i*) const. 30 C. 5. 12. Abweichende Ansichten bei: Unterholzner B. 1. §. 80. B. 2. §. 180. — Löhr im Arch. für civ. Prax. B. 10. S. 69. — v. Buchholtz jurist. Abh. Nr. 11. — Göschen Vorles. II. 1. §. 254. — v. Keller Pand. §. 132. — Vergl. unten §. 527, 2.

(*k*) const. 1. §. 2. C. 7. 40. — Nov. 22. c. 24. in fin. — Unterholzner B. 1. § 34. 81.

§. 260.

4. Besondere Erfordernisse der ordentlichen Ersitzung (*).

a) Res habilis.

Besondere Erfordernisse der ordentlichen Ersitzung sind außerdem folgende: 1. Die Sache, welche durch die ordentliche Ersitzung erworben werden soll, muß dieser Art der Ersitzung fähig sein (*a*). Unfähig sind: Staatsgüter und Privatgüter des Regenten (*b*); unbewegliche Sachen der Kirchen und milden Stiftungen (*c*); Sachen, die wegen eines gesetzlichen Verbotes nicht giltig veräußert werden können (*d*); res furtivae und vi possessae, so lange dieser Fehler nicht beseitigt ist (*e*), sowie alle unbeweglichen Sachen, die ein Besitzer in bösem Glauben ohne Vorwissen des Eigenthümers veräußert; denn wenn dieser, mit seinem Rechte und der Veräußerung bekannt, die letztere geschehen ließ, ohne dagegen zu protestiren, so sind die Sachen in der Hand des dritten bonae fidei possessor der ordentlichen Ersitzung unterworfen (*f*); endlich auch die von einem Parens veräußerten lucra nuptialia, deren Proprietät den Kindern zugefallen ist (*g*). Alle diese von der ordentlichen Ersitzung ausgenommenen Sachen können erst durch die außerordentliche Ersitzung von 30 oder 40 Jahren erworben werden (§. 263 u. 264).

(*) Die allgemeinen sowohl als die besonderen Erfordernisse der ordentlichen Ersitzung gibt folgender Vers an:
„Res habilis, titulus, fides, possessio, tempus."

(*a*) Unterholzner B. 1. §. 40—47. §. 56—58.

(*b*) §. 9. J. 2. 6. — fr. 18. D. 41. 3. — Cod. 7. 38. — const. 6. C. 7. 39. — const. 14. C. 11. 61.

(*c*) Nov. 131. c. 6 vergl. mit den früheren Verordnungen in const. 23. C. 1. 2. — Nov. 9. u. 111. — v. Buchholtz jur. Abhandl. Nr. 29. Nach canonischem Rechte auch die beweglichen Sachen der Römischen Kirche. c. 16. 17. C. 16. qu. 3. — cap. 13. 14. 17. X. 2. 26. — cap. 2. de praescript. in 6to (2. 13.). — Thibaut Verjährung §. 29. Häufig behauptet man dasselbe auch von den Sachen der Städte und der Minderjährigen. Allein fr. 9. D. 41. 3., fr. 12. §. 2. D. 6. 2 u. const. 2. C. 7. 38 sagen nicht, daß Sachen der Städte der Usucapion entzogen seien, und es bedarf daher nicht einmal der Berufung auf fr. 15. §. 27. D. 39. 2. (Vergl. auch PAUL. V. 2. §. 4.) Und die Sachen der Minderjährigen und selbst der Unmündigen sind nach fr. 2. D. 27. 5 der Usucapion, soweit nicht die bekannte Veräußerungsbeschränkung sie hindert, unterworfen, nur ist eine in integrum restitutio wegen Minderjährigkeit dagegen zuläßig, fr. 4. §. 24. D. 44. 4. const. un. C. 2. 36. Der l. t. praescr. sind sie allerdings entzogen, const. 3. C. 7. 35; allein dieses entscheidet hier nicht. Auch verordnet Justinian in der const. 5. C. 2. 41, alle „temporales praescriptiones," gegen welche bisher Restitution wegen Minderjährigkeit zuläßig war, sollen künftig während der Minderjährigkeit nicht laufen. Allein dieses könnte nur vermittelst einer ausdehnenden Interpretation auf die Usucapion bezogen werden und eine solche verträgt sich nicht mit der Aufnahme der angeführten Stellen in die Pandekten und den Codex. Göschen Grundr. S. 118 ff. Vorles. Bd. 2. §. 255. — v. Vangerow §. 317. A. M. z. B. Unterholzner B. 1. §. 35, und besonders Arndts in Linde's u. Marezoll's Zeitschr. B. 20. Nr. 11, welcher, gestützt auf const. 30. C. 5. 12, die extensive Auslegung der const. 5. cit. vertheidigt, und welchem die meisten Schriftsteller der neuesten Zeit beistimmen, und theilweise Puchta

Pand. §. 158. Note *f.*, sowie v. Keller Pand. §. 132, welche zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachen unterscheiden.

(*d*) Hier kann nicht nur eine Veräußerung nicht zur Usucapion führen, sondern das Usucapirenlassen wird auch als Veräußerung behandelt. fr. 28. D. 50. 16. — fr. 9. §. 5. D. 6. 2. — const. 1. 2. C. 7. 26. — const. 3. §. 3. C. 6. 43. — Unterholzner B. 1. §. 76.

(*e*) Gajus II. 45. 49 seq. — §. 2. 3. 4. 8. J. 2. 6. — fr. 4. §. 6—28. D. 41. 3. — Adr. Pulvaei ad Leg. Atiniam s. de rei furtivae prohibita usucapione; in Ottonis Thesaur. T. 4. p. 327. — Jos. Fern. de Retes in Meerman thes. T. 6. p. 461. — Majansii Disput. iur. civ. T. 2. nr. 65—67. — Wold. Frid. Car. a Ditmar Comm. ad legis Atiniae de rerum furtivarum usucapione historiam et interpretationem observationes continens. Heidelb. 1818. — Unterholzner B. 1. §. 59—71. — Wetzell lex XII. tabular. rer. furtivar. usucapionem prohibet. Monachii 1840. — Huschke in Linde's Zeitschr. Bd. 14. S. 258 ff. und n. F. Bd. 2. S. 137 ff. — v. Vangerow §. 317, 4. — Sell §. 32. — v. Keller §. 132.

(*f*) Nov. 119. c. 7. — Auth. Malae fidei C. 7. 33. — Unterholzner §. 76.

(*g*) Nov. 22. c. 24. S. darüber unten §. 535, b. Gewöhnlich bezieht man die angeführte Stelle auch auf die Ersitzung des vom Vater ungiltig veräußerten s. g. adventitium ordinarium nach Beendigung der väterlichen Gewalt. Vergl. §. 259. Note *k*.

§. 261.

b) Iustus titulus.

2. Das zweite besondere Erforderniß der ordentlichen Ersitzung ist der iustus titulus (*a*), d. h. der Besitzer der Sache muß den Besitz derselben auf eine rechtmäßige Art erworben haben, so daß er dadurch zu dem Glauben berechtigt wird, daß er wirklich Eigenthümer der Sache sei. Gründet sich der Titel auf ein an sich ungiltiges oder unwirksames Geschäft (*b*), so reicht er nur dann hin, wenn man in einem entschuldbaren error facti über diesen Mangel ist (*c*). Ein Titel, der sich auf eine andere Sache bezieht, kann auch bei einer entschuldbaren Verwechslung nicht zur Usucapion führen (*d*). Ein irrig angenommener Titel, welcher nicht existirt, macht die Usucapion nur ausnahmsweise (*e*) möglich, wenn entweder der Auctor denselben anerkennt (*f*), oder ein anderer hinreichender Titel vorhanden ist (*g*), oder endlich der Usucapient sich in einem entschuldbaren error facti alieni befindet (*h*).

(*a*) const. 24. C. 3. 32. — const. 6. C. 7. 14. Der Titel gibt es sehr viele, z. B. pro suo, pro emtore, pro herede, pro donato, pro soluto, pro derelicto, pro legato, pro dote etc. S. Dig. XLI. 4—10. S. überhaupt: Majansii disp. iur. civ. T. 2. nr. 51—59. — Unterholzner B. 1. §. 102—116. — S. auch §. 258. Note *a*. u. *ee*. Ueber den titulus pro herede s. man insbesondere: G. Elben (Pr. Ed. Schrader) Diss. de usucapione pro herede. Tubing. 1823. — G. Franc. Hartmann Diss. continens observationes quasdam de titulo pro herede. Cellis 1823. — Roßhirt im Arch. für civ. Pr. B. 9. Nr. 1. (Darüber: G. F. Puchta in Schunck's Jahrb B. 5. S. 268.) — Arndts im Rhein. Museum für Jurispr. B. 1. S. 125 u. in s. Beitr. B. 1. S. 75 ff. — C. F. Fabricius im Rh. Mus. Bd. 4. H. 2. S. 165. — Unterholzner ebend. B. 5. S. 26. — Huschke in Linde's Zeitschr. B. 14. Nr. 7. — Schmid §. 14. Note 60 ff. — Stintzing S. 24 ff. — von Scheurl S. 46 ff. — Schirmer Grundidee S. 43 ff. S. auch die oben §. 214. Note c. angeführten Schriften. Die alte lucrativa usucapio pro herede, von Gajus improba genannt, war Jedem möglich, der eine Erbschaft vor demjenigen, welcher dazu berufen war, in Besitz nahm, ohne daß es dabei auf bona fides ankam. Man erwarb dadurch ursprünglich die hereditas und deswegen wurde dann nicht mehr als ein Jahr dazu erfordert, auch wenn sich unbewegliche Sachen dabei befanden. Schon frühe kam es aber dahin, daß man nur das Eigenthum an den einzelnen körperlichen Erbschaftssachen, die man nach dem Tode des Erblassers in Besitz nahm, auf diese Weise erwerben konnte, ohne daß jedoch bei unbeweglichen Sachen mehr als ein Jahr

erforderlich war. Nach einem Senatusconsult unter Hadrian kann der Erbe alle pro herede usucapirten Erbschaftssachen mit der hereditatis petitio herausverlangen, wie wenn sie nicht usucapirt wären. So weit GAJ. II. §. 52—58. III. §. 201. (Auch die l. t. praescriptio war gegen die hereditatis petitio nicht zulässig. const. 7. C. 3. 31. — const. 4 C 7. 34.) Durch die späteren Vorschriften über das crimen expilatae hereditatis scheint die lucrativa usucapio pro herede vollends abgekommen zu sein; jedenfalls gestattet Justinian's const. un. C. 7. 31 keine Usucapion mehr ohne bona fides. Die ehemalige usucapio von Seite des bonorum possessor, sowie das Nähere über die noch im Justinianeischen Rechte vorkommende usucapio pro herede übergeben wir hier. Ueber die Frage: ob ein rechtskräftiges Urtheil als Grund der Ersitzung gelten kann: Arndts im Arch. f. civ. Pr. B. 13. S. 283. — v. Vangerow §. 320. — Schmid §. 14. Note 100. Dagegen: Unterholzner §. 116. — Danz in Linde's und Marezoll's Zeitschr. B. 5. S. 273. — Stephan im Arch. f. civ. Pr. B. 31. Nr. 10. — v. Scheurl S. 82 ff. — Pfeiffer im Arch. f. civ. Prax. B. 37. S. 121 ff. — Böcking Instit. §. 146. Note 28. Vergl. Brinz Pand. B. 1. S. 209.

(*b*) Ueber die Usucapion auf den Titel einer Schenkung unter Ehegatten s.: fr. 1. §. 1. 2. D. 41. 6. — fr. 26. pr. D 24. 1. — fr 44. D. ibid. und darüber: v. Savigny in der Zeitschr. für geschichtl. RW. B. 1. S. 270. (Verm. Schriften Nr. 25. B. 3. S. 81 ff.) — Stintzing S. 73 ff. besonders S. 82 ff. — v. Scheurl S. 54 ff. Wenn das Geschäft an sich giltig und blos widerruflich ist, so hindert dieß die Ersitzung nicht. fr. 13. pr. fr. 33. D. 39. 6. Löhr in s. Mag. B. 4. (2.) S. 137. Ueber den Fall, wenn eine Suspensivbedingung beigefügt und der Besitzer über die Existenz oder Nichtexistenz derselben im Irrthum ist, s. fr. 2. §. 2. D. 41. 4. und darüber: Stintzing S. 80. — v. Scheurl a. a. O.

(*c*) So z. B. wenn es dem Veräußernden an der erforderlichen Fähigkeit fehlt, oder derjenige, welcher seine auctoritas interponirt, nicht Tutor ist. fr. 31. pr. D. 41. 3. — fr. 2. §. 15. D. 41. 4. — Stintzing S. 87 ff. — v. Scheurl S. 73 ff.

(*d*) fr. 2. §. 6. D. 41. 4.

(*e*) In der Regel nicht. fr. 27. D. 41. 3. — fr. 6. D 41. 7. — fr. 1. pr. D. 41. 6. — fr. 2. §. 2. D. 41. 4. — §. 11. J. 2. 6. — const. 4. C. 7. 29. — const. 4. C. 7. 33. Nach der const. 8. §. 1. C. 7. 39 muß man aber jetzt in einem solchen Falle die außerordentliche Ersitzung für zuläßig erklären (§. 263. Nr. 2).

(*f*) fr. 48. init. D. 41. 3. — fr. 3. 4. §. 2. D. 41. 10.

(*g*) fr. 31. §. 6. D. 41. 3. vergl. mit fr. 36. D. 41. 1.

(*h*) fr. 11. D. 41. 4. — fr. 5. §. 1. D. 41. 10. — Unterholzner B. 1. S. 359 ff. — v. Wening-Ingenheim gem. Civilr. §. 132. (B. 2. §. 43.) — v. Vangerow §. 319. — v. Scheurl S. 74 ff.

§. 262.

c) Tempus.

3. Der Besitz muß bei einer beweglichen Sache drei, bei einer unbeweglichen, wenn die Parteien in derselben Provinz ihren Wohnsitz haben (inter praesentes), zehn, wenn sie hingegen in verschiedenen Provinzen wohnen (inter absentes), zwanzig Jahre gedauert haben (*a*). Sind die Parteien während der Verjährungszeit zum Theil praesentes, zum Theil absentes, so müssen zunächst die Jahre der praesentia gezählt werden und was dann noch an dem zehnjährigen Zeitraume fehlt, muß durch die doppelte Zahl der Jahre der absentia ergänzt werden, so daß also in einem solchen Falle zwei Jahre der absentia für ein Jahr der praesentia gelten (*b*).

(*a*) const. 12. C. 7. 33. — const. un. C. 7. 31. — Nov. 119. c. 7.

(*b*) Nov. 119. c. 8. — Hugo civ. Mag. B. 5. S. 462. — Unterholzner B. 1. §. 84.

§. 263.

5. Außerordentliche Ersitzung (*a*).

Zur außerordentlichen Ersitzung wird erfordert, daß die Eigenthumsklage nach den Regeln über die 30- und 40jährige Klagenverjährung (*b*)

verjährt ist und der Besitz bona fide angefangen hat (*c*). Sie tritt daher zur Aushilfe ein: 1. wenn der Gegenstand durch die Gesetze der ordentlichen Ersitzung und nicht zugleich der Klagenverjährung entzogen ist (§. 260.) (*d*); 2. wenn es an dem zur ordentlichen Ersitzung erforderlichen iustus titulus fehlt (§. 261.); 3. wenn die ordentliche Ersitzung zwar zulässig ist, aber durch in integrum restitutio (*e*) noch längere Zeit (*f*) unwirksam gemacht werden kann (*g*); 4. wenn der Ersitzende vor der Vollendung der ordentlichen Ersitzung von dem Eigenthümer belangt wird und es zur Litiscontestation kommt (*h*), der Proceß aber nachher liegen bleibt (*i*).

(*a*) Frid. Chr. Pohl Diss. de fatis praescriptionis longissimi temporis. Lips. 1780. — Jo. Lud. Koch Diss. de praescriptione longissimi temporis acquisitiva. Wirceb. 1807. — Fritz in Linde's Zeitschr. B. 3. S. 435. — Herrmann ebendas. n. F. B. 4. S. 374 ff. — Brinz Pand. §. 62.

(*b*) Fritz a. a. O. A. M.: Herrmann a. a. O. — Brinz a. a. O.

(*c*) Hat er mala fide angefangen, so gewährt die Verjährung blos eine Einrede gegen die Klage des Eigenthümers. const. 8. §. 1. C. 7. 39., vergl. mit const. 3. ibid. u. Nov. 119. cap. 7. — Thibaut Verjährung §. 33. — Unterholzner B. 1. §. 91. B. 2. §. 178. Im entgegengesetzten Falle gewährt sie auch eine actio in rem, wenn der Verjährende außer Besitz kommt. Eigenthümer wird er eigentlich nicht, aber er ist wie ein Eigenthümer zu behandeln. Fritz a. a. O. S. 4 und Erläut. Bd. 1. H. 2. S. 341.

(*d*) const. 8. §. 1. C. 7. 39, besonders aber const. 14. C. 11. 61.

(*e*) Diese ist gegen die ordentliche Ersitzung zulässig, nicht aber gegen die Klagenverjährung und gegen die außerordentliche Ersitzung; s. oben §. 199, 6.

(*f*) S. oben §. 204, d.

(*g*) Auch das ist eine kleine Erleichterung der außerordentlichen Ersitzung in Vergleichung mit der ordentlichen, daß auf jene das keine Anwendung leidet, was von dieser in §. 223, Note *c*. bemerkt ist.

(*h*) S. §. 264. Note *b*.

(*i*) const. 9. C. 7. 39.

§. 264.

Besondere Erfordernisse derselben.

Dagegen sind die Voraussetzungen der außerordentlichen Ersitzung in folgenden Punkten strenger als die der ordentlichen (*a*): 1. Die erforderliche Zeit besteht in der Regel in 30 Jahren, und wo zur Klagenverjährung nur 40 Jahre hinreichen (§. 198. b, 3), da ist es auch hier der Fall. 2. Die außerordentliche Ersitzung ruht, so lange der Eigenthümer unmündig ist (§. 198. b, 2). 3. Sie wird schon durch Mittheilung der Klage an den Beklagten unterbrochen (§. 199, 4), während die Usucapion durch einen Proceß gar nicht unterbrochen wird und nur nicht von der Herausgabe an den Kläger befreit, wenn sie erst nach der Litiscontestation vollendet wird (*b*). 4. Die Zeit wird zwar civiliter berechnet (§. 182), allein sie lauft noch nicht mit dem Anfange des letzten Kalendertages zu Ende, wie bei der Usucapion (*c*), sondern erst am Ende desselben (§. 199, 3).

(*a*) Weil bei jener die Regeln über die Klagenverjährung gelten.

(*b*) fr. 18. 20. 21. D. 6. 1. — fr. 2. §. 21. D. 41. 4. — Auch bei der l. t. praescriptio ist der Augenblick der litiscontestatio derjenige, auf welchen es ankommt. const. 2. C. 2. 19. — const. 2. 10. C. 7. 33. — const. 4. C. 7. 35. — const. 26. C. 3. 32. Ueber die l. t. praescriptio vergl.: Puchta Pand. §. 160. Not. *f*. — Kierulff gem. Civilr. S. 283. — Schmid §. 14. Note 192. — Stephan a. a. O. — Arndts Pand. §. 163. Die Protestation (§. 199, 4) hat Justinian zur Aushilfe auch bei der ordentlichen Ersitzung eingeführt. Ueber die Wirkung derselben s. Puchta a. a. O. Note *e*. — Stephan a. a. O.

(*c*) fr. 6. 7. D. 41. 3. — fr. 15. pr. D. 44. 3.

§. 265.

G. Erwerb der Früchte einer fremden Sache (*a*).

Bei dem Erwerbe des Eigenthums der Früchte einer fremden Sache (*b*) sind zu unterscheiden: 1. Der Pächter, der eine Forderung auf Gestattung des Bezuges der Früchte hat und durch Perception derselben nach den Regeln über die Tradition das Eigenthum erwirbt (*bb*); 2. der Usufructuar, der ebenfalls durch Perception Eigenthümer der Früchte wird, aber vermöge seines dinglichen Rechtes und nicht nach den Regeln über die Tradition (*c*); 3. der Emphyteuta, welcher vermöge seines emphyteutischen Rechtes, er mag das Gut inne haben oder nicht (*cc*), anstatt des Eigenthümers schon bei der bloßen Separation der Früchte das Eigenthum derselben erwirbt (*d*); 4. der bonae fidei possessor; dieser erwirbt schon durch die bloße Separation der Früchte sogleich das Eigenthum derselben, dieses ist aber nur interimistischer Natur (*dd*), gibt ihm jedoch, wie jedes andere Eigenthum, ein Recht auf Consumtion derselben (*e*). Wird er nun später vom Eigenthümer der Hauptsache auf Herausgabe derselben mit Erfolg belangt, so braucht er zwar nicht die consumirten, d. h. die verzehrten oder veräußerten Früchte zu ersetzen, muß aber die bei ihm noch vorhandenen restituiren (*f*).

(*a*) Ueber den Erwerb der Früchte einer eigenen Sache s. oben §. 247.

(*b*) Donelli comm. iur. civ. Lib. 4. c. 24—26. — Galvanus de usufructu. cap. 28. — Alb. Phil. Frick de iure bonae fidei possessoris circa fructus e re aliena perceptos. Helmstad. 1769. — Ad. Frid. Trendelenburg Diss. selecta quaedam capita doctrinae de iure possessionis circa fructuum perceptionem. Kil. 1775. — Gust. Ant. de Wollfradt (praes. Ge. Lud. Boehmero) Diss. sistens theoriam generalem de acquisitione fructuum. Gött. 1783. — Franc. Jos. Arens Diss. de iuris bonae fidei possessori in fructus ex re aliena competentis legitimo fundamento. Giess. 1803. — A. Driessen Diss. de dominio seu iure possessoris in fructus bona fide perceptos non temporali. Gröning. 1803. — J. T. Scelerass Diss. an bonae fidei possessor fructus percipiendo vel consumendo suos faciat? In Ann. Acad. Lovan. 1827—29. — v. Savigny Recht des Besitzes. §. 22. a. — Ferd. Theoph. Eckenberg Diss. de Publiciana in rem actione. Lips. 1821. P. II. pag. 37—68. — Frid. Guil. Ed. Backe Diss. bonae fidei possessor quemadmodum fructus suos facit. Berol. 1825. — Unterholzner von der Erwerbung des Eigenthums an den Erzeugnissen; im Arch. für civ. Prax. B. 8. S. 309. (Ueber diese beiden letzten Schriften: Huschke in der Tüb. krit. Zeitschr. für RW. B. 2. S. 189 bis 212 und Schunck's Jahrb. Bd. 2. S. 237. Bd. 3. S. 47.) S. ferner auch: Tigerström de ordine Digestorum. Berol. 1829. pag. 101 seq. — Warnkönig comm. iur. civ. T. 1. p. 382. Vergl. mit Thémis T. 10. p. 89. — Ferry ebend. p. 530. — v. Buchholtz Versuche Nr. 12. — v. Tigerström die bonae fidei possessio §. 9 ff. — Marezoll in seiner und Linde's Zeitschr. B 18. Nr. 7. — Heimbach von der Frucht S. 211 ff. — Arndts in Linde's Zeitschrift neue F. B. 3. Nr. 7. S. 385—396. — Windscheid ebendas. B. 4. Nr. 3. — v. Scheurl Beitr. Bd. 1. Nr. 11. — Dernburg in der krit. Zeitschr. für die gesammte RW. B. 1. S. 145 ff. — Leist civ. Studien B. 3. S. 156. — Brinz Pand. Bd. 1. S. 197.

(*bb*) fr. 26. §. 1. fr. 61. §. 8. D. 47. 2. — fr. 6. D. 39. 5.

(*c*) §. 36. J. 2. 1. — fr. 12. §. 5. D. 7. 1. — fr. 13. D. 7. 4. — Arndts a. a. O. S. 385—391.

(*cc*) S. gegen die gewöhnliche Ansicht Arndts a. a. O. S .391 ff.

(*d*) fr. 25. §. 1. in fin. D. 22. 1.

(*dd*) fr. 48. pr. D. 41. 1. — fr. 48. §. 6. D. 47. 2. — fr. 4. §. 19. D. 41. 3. — fr. 25. §. 1. fr. 28. D. 22. 1. — fr. 13. D. 7. 4.

(*e*) §. 35. J. 2. 1. — §. 2. J. 4. 17. — fr. 4. §. 2. D. 10. 1. — fr. 40. in fin. D. 41. 1.

(*f*) const. 22. C. 3. 32 und die in der vor. Note angef. Stellen.

Dritter Titel.

Von den Rechten des Eigenthümers.

§. 266.

I. Rechte des Eigenthümers überhaupt.

Das Eigenthum ist seiner Natur nach ein unbeschränktes und ausschließliches Recht (§. 238). A. Kraft der Unbeschränktheit ist der Eigenthümer einer Sache befugt, über die Substanz derselben willkürlich zu disponiren und sie sogar zu vernichten. Er kann ferner sein Eigenthum daran ganz oder zum Theil, oder einzelne im Eigenthum enthaltene Rechte, unter Lebenden sowohl als auf den Todesfall, aufgeben und auf einen Anderen übertragen. Ebenso hat er das Recht, die Sache zu besitzen, zu benutzen und jeden beliebigen und erlaubten Gebrauch von derselben zu machen, wenn folgeweise einem Anderen auch Schaden daraus entstehen sollte (*a*). B. Kraft der Ausschließlichkeit seines Rechts ist er befugt, jeden Anderen von dem Gebrauche und der Benutzung der Sache abzuhalten, wenn er selbst auch keinen Nachtheil davon haben sollte (*b*). Er hat ferner das Recht der Selbstvertheidigung und damit sogar die Befugniß, Sachen Anderer, wodurch er die seinigen zu verlieren, oder in dem Gebrauche derselben gefährdet zu werden fürchten muß, zu zerstören (*c*). Für diese Unbeschränkheit und Ausschließlichkeit oder Freiheit des Eigenthums streitet daher auch immer die Vermuthung. Das Eigenthum kann aber auch in der einen, wie in der anderen Beziehung beschränkt sein und der Grund einer solchen Beschränkung (*d*) kann liegen entweder in dem Willen des Eigenthümers selbst oder in gesetzlicher Vorschrift.

(*a*) Nach dem allgemeinen Grundsatze: qui iure suo utitur, neminem laedit. (S. oben §. 181.) fr. 151. 155. §. 1. D. 50. 17. — fr. 24. §. 12. D. 39. 2. — fr. 9. D. 8. 2.

(*b*) fr. 16. D. 8. 3. — fr. 13. §. 7. D. 47. 10. — const. 11. C. 3. 34. — const. 11. 14. C. 4. 38.

(*c*) fr. 1. D. 14. 2. — fr. 3. §. 7. D. 47. 9. — fr. 7. §. 4. D. 43. 24. A. M. ist Kritz exeget.-pract. Abhandl. über ausgew. Mat. d. Civilr. (Leipz. 1824.) S. 79 bis 100. S. dagegen: Thibaut im Arch. für civ. Prax. B. 8. S. 139.

(*d*) Im weiteren Sinne des Wortes.

§. 267.

II. Gesetzliche Beschränkungen des Eigenthums an unbeweglichen Sachen (*).

Zu den gesetzlichen Beschränkungen des Eigenthums gehören außer den gesetzlichen Veräußerungsverboten (*a*), Servituten und Pfandrechten (§. 291 d, 5. §. 312—314) insbesondere noch folgende: 1. Der Eigenthümer darf auf seinem Grundstücke kein Gebäude aufführen, wodurch der Dreschtenne seines Nachbars der nothwendige Luftzug entzogen werden würde (*b*). 2. Das niedere Grundstück muß das von dem höheren herabfließende Regenwasser aufnehmen und der Eigenthümer darf den natürlichen Ablauf des Wassers durch keine Anlagen hindern. Dagegen darf aber auch der Eigenthümer des höhern Grundstückes dem niederen das Wasser nicht durch künstliche Vorrichtuugen in größerer Masse oder in anderer Richtung zuführen, sonst ist gegen ihn die actio aquae pluviae arcendae begründet (*c*). 3. Wachsen die Wurzeln der Bäume (*d*) in das

Grundstück des Nachbars und werden dessen Gebäude schädlich, so müssen sie, soweit es Noth thut, abgehauen werden (*e*). Ragen die Zweige eines Baumes über das Gebäude des Nachbars und werden demselben schädlich, so kann dieser verlangen, daß der Eigenthümer den Baum ganz umhaue, sonst kann jener es selbst thun; er behält alsdann das Holz und hat dazu das interdictum de arboribus caedendis. Ragen die Zweige aber nur über das Grundstück des Nachbars, so kann dieser nur verlangen, daß die unteren Zweige bis 15 Fuß hoch von der Erde abgehauen werden (sublucatio arborum), sonst kann er es selbst thun, behält alsdann das Holz und hat auch dazu das interdictum de arboribus caedendis (*f*). 4. Der Eigenthümer des Grundstückes, auf welches Früchte von des Nachbars Bäumen herüberfallen, muß diesem gestatten, daß er „tertio quoque die", d. h. alle zwei Tage einmal, nicht aber öfter, die Früchte auflese, und im Falle dies verweigert wird, hat der Nachbar das interdictum de glande legenda (*g*).

(*) Vergl. überhaupt: Schweppe Röm. Privatrecht Bd. 2. §. 227—233. §. 259. — Dirksen in der Zeitschrift für geschichtl. RW. Bd. 2. Nr. 16. — v. Vangerow B. 1. §. 297. u. 298. — Puchta Instit. B. 2. §. 231. — Böcking Instit. §. 140. — Schmid §. 3. — Pagenstecher Abtheil. 1. S. 103 ff. — v. Keller Pand. §. 113 u. 114.

(*a*) J. B. pr. §. 2. J. 2. 8. — const. un. §. 15. C. 5. 13. — const. 12. 13. C. 5. 71. — const. 3. §. 2 3. C. 6. 43.

(*b*) const. 14. §. 1. C. 3. 34. Dieß muß jetzt auch von Windmühlen wenigstens dann gelten, wenn durch die neue Anlage der Mühle der Wind ganz entzogen werden würde. A. M. sind v. Bülow u. Hagemann pract. Erört. B. 4. nr. 2.

(*c*) fr. 1. §. 1. 2. 18. 22. 23. D. 39. 3. — K. A. Schneider über die Erfordernisse der actio aquæ pluviæ arcendæ; in Linde's Zeitschr. B. 5. S. 325. — Eben so wenig darf Jemand in oder an einem öffentlichen Flusse, selbst auf seinem Grundstücke nicht, Etwas vornehmen, wodurch der Lauf des Flußwassers zum Schaden des Nachbars geändert und diesem die bisherige Benutzung des Wassers entzogen wird. fr. 1. §. 1—7. D. 43. 13. — fr. 3. §. 1. D. 43. 20. — fr. 1. §. 11. D. 43. 21. — fr. 1. §. 4. in fin. D. 39. 3. — fr. 17. in fin. D. 8. 3. — const. 2. C. 3. 35. — const. 4. 7. C. 3. 34. Anders verhält sich dieß bei Privat=Gewässern und Bächen. Gesterding Nachforsch. Th. 3. S. 349. — Ueber das Wasserrecht überhaupt sowohl iure dominii, als iure servitutis s. man: Chr. Gottl. Biener interpr. et respons. cap. 24. Lips. 1825. et in eiusd. opusc. ed. Fr. Aug. Biener. Vol. II. nr. 102. — Car Frid. Günther de iure aquarum Spec. I.—IV. Lips. 1829. Spec. V. Lips. 1830. — G. L. Funke Beiträge zum Wasserrechte, im Arch. für d. civ. Pr. B. 12. S. 274. u. S. 432. — H. C. Hofmann: welche Flüsse sind öffentliche, welche nicht? In Dessen Vers. in Bearbeitung des Röm. Rechts. H. 2. S. 1 bis 70. (Darüber: v. Buchholtz in der Hall. L.=Z. 1832. Nr. 39.) — Car Aug. Weiske quaest. iur. civ. (Zwickav. 1831.) p. 49. — Kori über das Wasserrecht; im Arch. B. 18. S. 37. — Elvers in der Themis n. F. B. 1. H. 3.

(*d*) Von den folgenden drei Bestimmungen enthält fast nur die dritte insoferne eine Beschränkung des Eigenthums, als man hier den Baum nicht ganz, oder doch so weit er überragt, abhauen darf.

(*e*) fr. 6. §. 2. D. 47. 7. — const. 1. C. 8. 1.

(*f*) Dig. 43. 27. — P. C. G. Andreae Diss. ad tit. Dig. de arboribus caedendis. Jenæ 1818. — Dirksen a. a. O. — Thibaut civ. Abh. S. 1. Note 2. u. Braun Erört. zu Thibaut's System §. 582. Dagegen sind Viele der Meinung, daß der Eigenthümer des Baumes die über das Grundstück des Nachbars hinausreichenden Zweige auf Verlangen des Letzteren ganz abschneiden müsse, und was alsdann noch von dem Baume übrig bleibe, müsse oben, so weit es 15 Fuß über der Erde stehe, gekappt werden, so daß nur der untere Theil des Baumes bis auf 15 Fuß von der Erde hoch stehen bleiben dürfe („ut quindecim pedes altius a terra rami arboris circumcidantur"). S. besonders Hugo RG. S. 204. — Ferner Ad Kirsten de coërcitione arborum in fundum vicinalem propendentium. Gött. 1820. — Jo. Jac. Lang ad L. 1. §. 7—9. D. de arbor. caedendis. Heidelb. 1823. — v. Koch in

Löhr's Mag. B. 4. (2.) S. 331. — H. C. A. EICHSTAEDT spicilegium observationum ad tit. Dig. de arboribus caedendis. Jenae 1825. — v. Langenn und Kori Erört. pract. Rechtsfr. Th. 2. Nr. 23. — Guyet im Arch. f. civ. Prax. B. 17. S. 31 ff.

(*g*) Dig. 43. 28. — Thibaut civ. Abh. Nr. 1. — Schweppe jurist. Mag. St. 1. S. 142. Dessen Röm. Privatr. B. 2. §. 259. — Eine ganz andere Erklärung des tertio quoque die gibt Gesterding vom Eigenthume S. 24. S. dagegen aber: Thibaut im Arch. f. civ. Prax. Bd. 1. S. 116. — Roßhirt in s. Zeitschrift für Civil- und Criminalrecht. B. 1. S. 117. Daß tertio q. d: alle drei Tage einmal, bedeute, behaupten: Grimm in der Zeitschr. f. gesch. RW. B. 3. S. 351. (Darüber: Tüb. krit. Zeitschr. für RW. B. 3. S. 255. B. 4. S. 171. 501. und G. F. Puchta in Schunck's Jahrb. B. 9. S. 21.) — Guyet im Arch. für civ. Prax. B. 17. S. 64 ff. und And. Diese Streitfrage rührt von einem doppelten Römischen Sprachgebrauche her. S. darüber v. Savigny Syst. B. 4. Beil. 11. S. 206 ff.

§. 268.

III. Rechte der Miteigenthümer (*).

Befindet sich eine Sache in dem Miteigenthume Mehrerer (§. 240), so hat 1. jeder der Miteigenthümer in der Regel nach Verhältniß seines Antheils an der Proprietät auch Antheil an den Früchten, und jeder kann auch für sich den Gebrauch von der Sache machen, zu welchem sie bestimmt ist. Dagegen kann 2. keiner der Miteigenthümer ohne die Einwilligung aller übrigen über die ganze Sache selbst, oder über einen körperlich bestimmten Theil derselben disponiren (*a*); jedoch darf einer für sich allein thun, was zur Erhaltung der Sache nothwendig ist (*b*). Auch steht es 3. jedem Miteigenthümer frei, seinen intellectuellen Antheil an der Sache, auf jede beliebige Art und an wen er will, zu veräußern (*c*), sowie zu jeder Zeit die reelle Theilung derselben zu verlangen. Die ihm deshalb zustehende Klage ist gewöhnlich die actio communi dividundo (*d*). Siehe darüber unten §. 462 ff.

(*) W. Girtanner in Ihering's und Gerber's Jahrb. B. 3. Nr. 2. §. 11. S. 230 ff.

(*a*) fr. 28. D. 10. 3. Mehrheit der Stimmen entscheidet daher nichts. const. 1. 4. C. 4. 52. — Struben rechtl. Bed. B. 5. Nr. 30. — Gesterding vom Eigenthum §. 9.

(*b*) fr. 52. §. 10. D. 17. 2. — const. 4. C. 8. 10. Ueber eine andere Ausnahme von der Regel s. fr. 13. §. 1. D. 8. 2.

(*c*) const. 3. C. 4. 52. Vergl. fr. 68. pr. D. 17. 2. — fr. 28. D. 10. 3.

(*d*) Dig. 10. 3. — Cod. 3. 37. u. 38. — §. 3. Inst. 3. 27. (28.) — F. F. Weichse über gemeinschaftliches Eigenthum, Gemeinheiten und Servituten. Magdeburg 1824 §. 41—48.

§. 269.

IV. Klagen und Einreden. A. Rei vindicatio.

Der Eigenthümer ist berechtigt, das Eigenthum seiner Sachen gegen Jeden, der ihm dieselben vorenthält, gerichtlich zu verfolgen. Die ihm deshalb zustehende Klage heißt in rem actio im engeren Sinne oder rei vindicatio (*). Diese Klage (*a*) steht aber 1. nur dem wahren Eigenthümer der Sache als directa actio zu (*aa*). Deshalb ist auch zur Begründung derselben erforderlich, daß der Kläger den Beweis seines Eigenthums führe. Behauptet er daher, die Sache durch Tradition oder eine andere Singular- oder Universalsuccession erworben zu haben, so muß er auch beweisen, daß derjenige, welchem er succedirte, Eigenthümer derselben gewesen sei (§. 254) (*b*). Sodann steht die Klage dem wahren Eigenthümer nur dann zu, wenn er die Sache nicht

besitzt (*bb*), oder wenigstens nicht in eigener Person besitzt (*c*). 2. Der Beklagte ist derjenige, welcher die Sache besitzt und sie dem Kläger streitig macht, er sei nun wahrer Besitzer oder werde rechtlich als solcher angesehen (fictus possessor, §. 219) (*cc*). Leugnet der Beklagte fälschlich den Besitz der Sache und wird dessen überführt, so muß er zur Strafe den Besitz an den Kläger abtreten (*d*). Wer aber nur im Namen eines Anderen besitzt, muß, wenn er von einem Dritten mit der Klage belangt wird und der Gegenstand eine unbewegliche Sache ist, den wahren Besitzer nennen, damit der Kläger seine Klage gegen diesen anstelle. Man nennt dieß die nominatio auctoris s. laudatio domini (*dd*). 3. Der Gegenstand der Klage kann sowohl eine einzelne Sache, als eine aus blos körperlichen Sachen derselben Art bestehende universitas rerum, nicht aber auch ein ganzes Vermögen als solches, z. B. ein Peculium oder eine Erbschaft, sein (*e*). 4. Der Zweck der Klage ist, daß der Kläger für den Eigenthümer der Sache erklärt und Beklagter demzufolge schuldig erkannt werde, ihm die Sache mit allem Zubehör (cum omni causa) herauszugeben (*ee*). Soviel dabei nun insbesondere die Früchte der Sache anbetrifft, so muß der malae fidei possessor alle Früchte, die er bis zur Litiscontestation gezogen hat oder doch hätte ziehen können, herausgeben, von Zeit der Litiscontestation an aber (*f*) auch diejenigen ersetzen, die zwar nicht er selbst, aber doch der Kläger, wenn er im Besitz gewesen wäre, hätte ziehen können (*ff*). Der bonae fidei possessor hat dagegen von den in die Zeit vor der Litiscontestation fallenden Früchten nur die wirklich gezogenen herauszugeben, und auch diese nur insoweit, als sie von ihm noch nicht consumirt sind (§. 266); von Zeit der Litiscontestation an aber muß er alle Früchte, die er von dieser Zeit an gezogen hat oder doch hätte ziehen können, restituiren oder Ersatz dafür leisten (*g*.) 5. Dagegen ist der Kläger dem Beklagten zu gewissen Gegenleistungen verpflichtet. Zwar braucht er dem Beklagten den Preis, für welchen dieser die Sache erwarb, in der Regel nicht zu vergüten (*h*), wenn aber derselbe während seines Besitzes Kosten auf die Sache (*i*) verwendet hat (*ii*), so sind dieß entweder impensae necessariae und diese kann jeder Beklagte ersetzt verlangen, er sei bonae oder malae fidei possessor (*k*); oder impensae utiles, diese kann der bonae fidei possessor der Regel nach ebenfalls ersetzt verlangen, der malae fidei possessor hat aber nur das Recht, das dadurch Gewonnene wieder wegzunehmen und für sich zu behalten; oder impensae voluptuariae, dann hat jeder Beklagte immer nur das Recht der Wegnahme, soweit sich dieß ohne Beschädigung der Hauptsache ausüben läßt, er muß sie aber bei der Sache lassen, wenn der Eigenthümer ihn entschädigen will (*l*). Uebrigens hat der Beklagte wegen seiner Gegenforderungen nach Röm. Rechte nur ein Retentions-, kein Klagerecht (*m*), wenn er sich nicht auf einen Vertrag oder Quasicontract berufen kann.

(*) §. 1. J. 4. 6. — Dig. 6. 1. — Cod. 3. 32. und 3. 19. — Donelli comm. iur. civ. Lib. 20. c. 1—7. — Glück Comm. Th. 8. §. 576—592. — Gesterding vom Eigenthume §. 41—50. — du Roi im Arch. für civ. Prax. B. 6. S. 252. 386. (Dagegen: Puchta im Rh. Mus. für Jurispr. Jahrg. 1. S. 286.) — Schweppe Röm. Privatr. B. 2. §. 267—275 a. — Paul Ludolph Kritz Darstellung pract. Materien des Röm. Rechts. B. 1. Dresden und Leipz. 1831. — v. Buchholtz jur. Abhandl. Nr. 1. — Wetzell der Röm. Vindicationsproceß. Leipz. 1845. — E. Hoffmann im Arch. für civ. Prax. B. 30. S. 493 ff. — Schmid Handb. des bürgl. Rechts §. 15. — C. Sell §. 80—97. — Delbrück die dingl. Klage des deutschen Rechts. Leipz. 1857. — Pagenstecher 3. Abth. §. 2—12. S. 5—182.

(*a*) Bei dem Verfahren per legis actionem wurde der Eigenthumsstreit durch die sacramenti actio eingeleitet und nur bei dieser Art von Einleitung kam die eigentliche vindicatio vor (§. 190 im Anfange bis zur Note *i*). Unterlag hier der interimistische Besitzer (si quis vindiciam falsam tulerit) und restituirte nicht, wie er sollte, so kam es zu einem Nachverfahren über die Entschädigung des Siegers. Das Verfahren per formulam (§. 191) wurde bei der Eigenthumsklage wie bei ähnlichen Klagen in der ersten Zeit immer durch eine sponsio eingeleitet. Alsdann mußte der Beklagte unter der Bedingung, wenn der Kläger Eigenthümer sei, diesem eine Summe Geldes spondiren, sofort wurde ein iudex niedergesetzt, um über die Forderung des Klägers aus dieser Sponsion zu entscheiden, und eine stipulatio pro praede litis et vindiciarum eingegangen. Wenn nun der Beklagte auf die Sponsionssumme verurtheilt wurde, so bezahlte er sie nicht, sondern der Kläger konnte auf Erfüllung der stipulatio pro praede etc. klagen. Gaj. IV. §. 91—95. In späterer Zeit konnte aber der Kläger statt das Verfahren per sponsionem einzuschlagen, auch, wie es nun gewöhnlich geschah, die petitoria formula begehren. Dies war eine arbitraria formula mit der intentio rem actoris esse. Gaj. IV. §. 91. S. auch oben §. 195 Note *d*. und §. 197 a. Note *p*.

(*aa*) fr. 23. pr. D. 6. 1. Ob er das volle Eigenthum, oder nur die bloße Proprietät hat, ist gleichgiltig. fr. 33. pr. ibid.

(*b*) fr. 20. pr. D. 41. 1. — fr. 54. D. 50. 17. — Donelli comm. Lib. 20. c. 2. — Glück Comm. Th. 8. §. 585. — D. A. Krazer über den Beweis des Eigenthums (Wien 1810). S. 8. — Gesterding vom Eigenthum S. 361. 362. — Seuffert Erört. Abth. 2. S. 32. — A. M. ist Schöman Handb. d. Civilr. B. 2. S. 47. — Thibaut im Arch. für civ. Prax. B. 6. S. 311 und Kritz a. a. O. S. 76 ff. — Henschel ebend. B. 9. S. 316. Dagegen ist die gewöhnliche Meinung wieder in Schutz genommen von: Unterholzner ebendas. B. 7. S. 233. — Car. Guil. Ern. Heimbach de dominii probatione ex principiis iuris tam Romani quam Saxonici. Lips. 1827. — Bethmann-Hollweg Versuche über einzelne Theile des Civilprocesses S. 360. — v. Falkenstein im Arch. f. civ Prax. B. 10. S. 226. — Gesterding Nachforschungen Th. 2. S. 435. — Delbrück S. 2—4. u. S. 283. S. auch Unterholzner in der Tüb. krit. Zeitschr. für RW. B. 3. S. 463 ff. und die Zeitschrift für Oesterreich. Gesetzgebung (Wien 1810) Heft 3. Nr. 10. Auch ist Thibaut selbst bereits in der 7. Ausg. seines Systems §. 566 der gewöhnlichen Meinung wieder beigetreten. A. M. ist auch v. Tigerström die b. f. possessio §. 4. S. aber: v. Vangerow Pand. B. 1. §. 332 (wo auch die frühere Ansicht von Thibaut, wie die von Henschel und Kritz widerlegt wird). Vergl. noch: Brinz Pand. B. 1. S. 246 gegen, und v. Keller Pand. §. 149 für die gewöhnliche Ansicht. — Ueber den Beweis des Miteigenthums: Arndts im Rhein. Mus. für Jurispr. Jahrg. 3. S. 215.

(*bb*) fr. 1. §. 6. D. 43. 17. S. auch fr. 12. §. 1. D. 41. 2., und darüber v. Savigny Besitz S. 39. 422. 469.

(*c*) Auf diesen Fall ist zu beziehen: §. 2 in fin. J. 4. 6. — Fritz in Linde's und Marezoll's Zeitschrift n. F. B. 1. Nr. 2 Ueber die frühere Literatur s. ebendas. und Guil. Francke probabilium de uno casu in §. 2. J. de actionib. commemorato partic. I. Jen. 1839. Ueber neuere abweichende Ansichten s. Fritz in ders. Zeitschr. B. 18. Nr. 21. B. 19. Nr. 3.

(*cc*) §. 1. J. 4. 6. — fr. 9. fr. 55. D. 6. 1. Vergl. fr. 27. pr. §. 3 ibid. — fr. 131. fr. 157. §. 1. D. 50. 17.

(*d*) fr. 80. D. 6. 1. Ein Ueberrest von der Regel, auf welcher das erst in neuerer Zeit (s. oben §. 47. Note *d* am E.) bekannt gewordene ehemalige interdictum quem fundum beruhte. Rudorff in der Zeitschr. für gesch. RW. B. 9. Nr. 2. — Dieselbe Strafe soll nach Nov. 18. c. 10 in einem anderen Falle den leugnenden Beklagten treffen. Vergl. Gönner Handb. des Processes. 2te Aufl. B. 1. nr. 16.

(*dd*) const. 2. C. 3. 19. Vergl. fr. 9. D. 6. 1. — fr. 5. pr. D. 10. 4. Ueber die Natur dieses Vorbringens, welches der Gerichtsgebrauch auch bei beweglichen Sachen zuläßt, ist man nicht einig. Vergl. Linde Abhandlungen aus dem Civil-Proc. S. 125. — Gensler im Arch. f. civ. Praxis. B. 3. Nr. 25. — Fritz Erläut. B. 1. H. 2. S. 296 ff. — Flach in Linde's Zeitschr. B. 17. S. 158. — v. Vangerow Pand. B. 1. §. 332. Anm. 3. — Schmid Handb. des Proc. Th. 1. §. 66. — Dessen Handb. des bürgerl. Rechts. B. 1. §. 15. Note 33 ff. — G. A. Wirsing über das Wesen und die processſ. Natur der nom. auctoris. Würzb. 1848. — C. Sell §. 91.

(*e*) fr. 1. pr. §. 3. fr. 2. fr. 3. pr. §. 1. fr. 56. D. 6. 1. S. darüber: Elvers jurist. Zeit. 1830. S. 39. — Schmid Handb. des bürgl. R. B. 1. S. 291 ff. — E. Girtanner in Jhering's und v. Gerber's Jahrb. Bd. 3. Nr. 2., besonders unter IV. ff. — Pagenstecher Abth. 3. S. 71 ff. — Auch Urkunden, z. B. Testamente und Schuldverschreibungen, können einen Gegenstand der rei vindicatio ausmachen. fr. 3. D. 29. 3. Vergl darüber: Geiger und Glück merkw. Rechtsf. B. 3. nr. 33. — Gönner in seinem Archiv für Gesetzgebung B. 1. nr. 27. — v. Bülow Abh. Th. 1. nr. 17. Th. 2. nr. 30. — KIND quaest. for. T. 1. cap. 96. (Ed. 1.) T. 3. cap. 26. (Ed. 2.) — Gönner über Staatspapiere §. 56. — Souchay im Arch. für civil. Prax. B. 10. S. 143. — Pagenstecher a. a. O. S. 79 ff.

(*ee*) fr. 17. §. 1. fr. 20. fr. 23. §. 2—4. D. 6. 1. Darauf geht der arbitratus iudicis. Vergl. oben Note *a*.

(*f*) Aus besonderen Gründen zuweilen sogar für die Zeit vor der Litiscontestation: von Vangerow §. 333.

(*ff*) §. 2. J. 4. 17. — const. 22. C. 3. 32. — const. 2. C. 7. 51. Diese Strenge für die Zeit vor der litiscontestatio kam, wie der Satz, daß auch derjenige belangt werden kann, qui dolo malo possidere desiit, erst durch ein Senatusconsult unter Hadrian (das s. g. SCtum Iuventianum) auf, und zwar zunächst bei der hereditatis petitio, von welcher sie dann auf die Eigenthumsklage ausgedehnt wurde. S.: fr. 20. §. 6. fr. 25. §. 2. 7. fr. 13. §. 2. D. 5. 3. — fr. 25. §. 4. 9. ibid. — fr. 27. §. 3. D. 6. 1. — v. Savigny Syst. B. 6. S. 108. — Milder wollen den gewöhnlichen m. f. possessor auch nach Justinianeischem Rechte behandelt wissen: v. Madai in Linde's Zeitschr. B. 11. Nr. 1. — Wetzell a. a. O. S. 163 ff. S. aber: v. Madai zu Mühlenbruch Pand. §. 271. Note 7. — Schmid §. 15. Note 110 und die dort cit. Schriften.

(*g*) const. 22. C. 3. 32. Vergl. fr. 25. §. 7. D. 5. 3. — fr. 17. §. 1. fr. 33. D. 6. 1. — §. 35. J. 2. 1. — fr. 48. pr. D. 41. 1. — fr. 25. §. 1. D. 22. 1. — fr. 4. §. 19. D. 41. 3. Besondere Ansichten finden sich bei Heimbach von der Frucht S. 161 ff. und S. 171 ff. Dagegen Schmid §. 15. Note 108.

(*h*) const. 3. 23. C. 3. 32. — const. 2. C. 6. 2. Der Beklagte muß deshalb seinen Regreß gegen seinen Auctor nehmen. const. 16. C. 8. 45. — const. 1. C. 3. 19. Ueber die Ausnahmen von jener Regel sehe man: const. 16. C. 5. 71. — fr. 6. §. 8. D. 3. 5. — fr. 6. D. 49. 15.

(*i*) Die auf die Früchte verwandten Kosten werden jedem Besitzer nur insofern vergütet, als er die Früchte restituirt. fr. 36. §. 5. D. 5. 3. — fr. 46. D 22. 1.

(*ii*) W. Sell über das Princip, auf welchem das Recht des beklagten Besitzers bei der R. V. u. Publiciana beruht, seine Verwendungen auf die fremde Sache gegen den klagenden Eigenthümer geltend zu machen; in den Sell'schen Jahrb. B. 3. Nr. 8 u. 9.

(*k*) const. 5. C. 3. 32. Nur der Dieb kann auch diese nicht ersetzt verlangen. fr. 13. D. 13. 1. — const. 1. C. 8. 52.

(*l*) fr. 27. §. 5. fr. 37. 38. D. 6. 1. — fr. 38. D. 5. 3. — fr. 9. D. 25. 1. — const. 5. C. 3. 32. — v. Buchholtz jur. Abh. S. 16—21. S. 399.

(*m*) fr. 23. §. 4. fr. 27. §. 5. fr. 48. D. 6. 1. — fr. 4. §. 9. fr. 24. D. 44. 4. — fr. 14. §. 1. D. 10. 3. — fr. 33. D. 12. 6. — Francke Erläut. versch. Rechtsmaterien B. 1. Nr. 2.

§. 270.

B. Publiciana in rem actio.

Außer der im Civilrechte begründeten rei vindicatio, oder der wahren Eigenthumsklage, findet nach Prätorischem Rechte noch eine andere, auf Verfolgung einer in gutem Glauben erworbenen Sache gerichtete Klage statt, welche von demjenigen Prätor, der sie zuerst gestattete, die Publiciana in rem actio genannt wird (*a*). 1. Diese Klage wurde zunächst zum Besten desjenigen eingeführt, welcher durch traditio ex iusta causa (*aa*) den Usucapionsbesitz einer Sache erworben, diesen aber vor vollendeter Usucapion wieder verloren hatte (*b*). Indeß wurde sie auch da zugelassen, wo Jemand, der auf andere Weise als durch Tradition in den Usucapionsbesitz gekommen war, den er

nachher wieder verlor (*bb*), ja selbst da, wo Jemand, ohne in den Besitz gekommen zu sein, einen zur Usucapion geeigneten titulus für sich hatte, der ihn zu dem Glauben veranlaßte und berechtigte, er sei ohne Besitzerwerbung Eigenthümer der Sache geworden (*c*). Auch der wahre Eigenthümer kann davon Gebrauch machen, wenn er den strengen Beweis seines Eigenthums nicht führen, sondern sich blos auf die erwähnten Thatsachen gründen will; immer aber setzt die Klage eine solche Sache voraus, die durch Ersitzung erworben werden kann (*cc*). 2. Die Klage findet nur gegen einen solchen Besitzer der Sache statt, dessen Besitz nicht eben so gut ist, als der des Klägers war, mithin nicht gegen denjenigen, der sie ebenfalls ad usucapionem besitzt (*d*), und noch weniger gegen den wahren Eigenthümer selbst (*dd*). 3. Der Zweck der Klage ist Herausgabe der Sache com omni causa, und es verhält sich hierbei Alles so, wie bei der rei vindicatio (§. 269) (*e*).

(*a*) §. 4. J. 4. 6. — Dig. 6. 2. — Donelli comm. iur. civ. Lib. 20. c. 8. — Glück Comm. Th. 8. §. 593—599. — Schöman Handb. des Civilr. B. 2. S. 47. — Gesterding vom Eigenthume §. 51—57. — Jul. Frid. Schnaubert Diss. sistens observ. ad L. 1. pr. D. de Publiciana in rem actione. Jenae 1810. — G. J. C. van Massow de Publiciana in rem actione; in Annal. Acad. Lugd. Bat. 1816. — J. F. Schollaert de Publiciana in rem actione. Lovan. 1820. — Ferd. Theophil. Eckenberg Diss. de Publiciana actione. Lips. 1821. — Car. Jul. Guyet de Publiciana in rem actione. Heidelb. 1823. — Zimmern im Rhein. Museum für Jurispr. Jahrg. 3. S. 330 ff. — Paul Ludolph Kritz Darstellung pract. Materien des Röm. Rechts. B. 1. Dresden und Leipzig 1831. — Roßhirt Zeitschr. f. Civil- u. Criminalrecht H. 2. S. 237. — E. G. Obrock de Publiciana in rem actione. Gottingae. 1843. — R. Ihering Abh. aus dem Röm. R. Nr. 2.

(*aa*) Ursprünglich nur durch Tradition in Folge eines Kaufes. fr. 7. §. 11. fr. 8. D. 6. 2.

(*b*) Gajus IV. 36. — §. 4. J. 4. 6. — fr. 1. pr. D. 6. 2. „Ait Praetor: si quis id, quod traditur ex iusta causa (,) non a domino et nondum usucaptum petet, iudicium dabo." Vergl. fr. 3. §. 1. fr. 4. fr. 5. fr. 7. §. 16. 17. fr. 13. pr. D. ibid. Ueber fr. 2. D. ibid. s. man: Hasse im Rhein. Museum f. Jurispr. Jahrg. 2. S. 348 und v. Schröter in Linde's und Marezoll's Zeitschr. B. 2. S. 117. — Eine Art der Publiciana in rem actio mag es auch gewesen sein, wodurch ehemals derjenige, dem eine mancipi res nur tradirt worden war, dieselbe einklagen konnte, wenn er vor vollendeter Usucapion den Besitz verlor. Jedenfalls gab es aber Fälle des in bonis esse, in welchen andere utiles in rem actiones zulässig waren. S. z. B. Gaj. IV. §. 34. 35. Vergl. über diesen Punkt die oben S. 23 citirten Schriften von Unterholzner, Zimmern u. Mayer und Puchta Instit. §. 236. Eine verwandte geschichtliche Frage kommt in §. 271. Note *dd* vor.

(*bb*) fr. 1. §. 2. fr. 3. pr. fr. 13. pr D. 6. 2.

(*c*) fr. 12. §. 1. D. 6. 2.

(*cc*) fr. 9. §. 5. D. 6. 2. „Haec actio in his, quae usucapi non possunt, puta furtivis, vel in servo fugitivo, locum non habet." Vergl. mit fr. 12. §. 2. D. ibid. „In vectigalibus et in aliis praediis, quae usucapi non possunt, Publiciana competit, si forte bona fide mihi tradita sunt." Vinnii select. quaest. Lib. 1. c. 27. — Frid. Guil. Ed. Backe interpret. iur. Rom. (Regiom. 1829.) c. 2.

(*d*) Es wäre denn, daß der Kläger die Sache vor dem Beklagten von demselben auctor erhalten hätte. fr. 9. §. 4. D. 6. 2. Weiter scheint zu gehen Neratius in fr. 31. §. 1. D. 19. 1. Ueber diese Stelle vergl.: v. Vangerow §. 335. am E. — Schmid S. 364 ff. — Pagenstecher Abth. 3. S. 204 ff.

(*dd*) fr. 16. 17. D. 6. 2. und auch fr. 1. pr. D. ibid., wenn man hier nämlich mit dem Cod. Flor. das Comma nicht hinter domino, sondern hinter causa setzt. Zuweilen kann jedoch einer solchen exceptio eine replicatio entgegengesetzt werden. S. namentlich §. 271, Note *f*.

(*e*) fr. 7. §. 8. D. 6. 2.

§. 271.

C. Exceptio rei venditae et traditae.

Eine sehr bemerkenswerthe Einrede, welche dem Beklagten gegen den vindicirenden Kläger zustehen kann, ist die exceptio rei venditæ et traditæ (*a*).

1. Die Einrede, welche in den Quellen diesen Namen führt, setzt einen giltigen (*b*) Verkauf und eine gehörige Tradition voraus, wodurch zwar wegen des Satzes (*c*): nemo plus juris in alterum transferre potest, quam ipse habet, kein Eigenthum übertragen wurde, welche aber der wirkliche Eigenthümer wegen eines besonderen Ereignisses (*d*) nicht anfechten darf (*dd*). Sie steht zunächst dem Empfänger gegen denjenigen zu, welcher zu der Zeit, wo sie zuerst begründet ist, die Sache in seinem Eigenthum hat, geht aber activ und passiv nicht blos auf die Erben, sondern auch auf die Singular-Successoren aller derjenigen Personen über, für welche und gegen welche sie einmal begründet war (*e*). Ist derjenige, welcher sich durch sie in dem Besitz der Sache schützen könnte, nicht im Besitz, so kann er die exceptio dominii, welche seiner Publiciana in rem actio entgegengesetzt wird, durch die replicatio rei vend. et trad. entkräften (*f*). 2. Anstatt dieser exceptio konnte man sich auch der exceptio doli bedienen (*g*). 3. Die letztere, sowie nach den Umständen eine der exc. rei vend. et trad. nachgebildete exceptio in factum, wurde auch in ähnlichen Fällen zugelassen. Einige derselben werden in den Quellen namentlich erwähnt (*h*). Es hat aber kein Bedenken, die Regeln über verkaufte Sachen auch auf Sachen, die auf irgend eine andere Weise veräußert worden sind (*i*), z. B. auf geschenkte Sachen, analog anzuwenden.

(*a*) Dig. 21. 3. — Glück Comm. Th. 20 §. 1128. — T. C. F. VAN ERTRIJCK de exceptione rei venditae et traditae. Lovan. 1824. — GE. GUIL. ALBERS observat. quaedam de exceptione rei venditae et traditae. Gött. 1824 — A. L. J. MICHELSEN Diss. de exceptione rei venditae et traditae. Berol. et Heidelb. 1825. — von Buchholtz Vers. Nr. 13. — Wiebeking über die exc. rei vend. et trad. nach älterem und neuerem Röm. Recht. München 1847. — Schmid S. 343 ff. — v. Vangerow §. 334. — Arndts Pand. §. 168, Anm.

(*b*) War er ungiltig, so begründet er die exceptio nicht (nur s. unten Note *d*, 1 am E.); und war er giltig, aber nicht wirksam, so kann der exceptio eine replicatio entgegengesetzt werden. S. z. B. fr. 32. §. 2. D. 16. 1. Ueber andere Fälle einer replicatio s.: fr. 1. §. 5. D. 21. 3. — fr. 7. §. 6 in fin. D. 41. 4.

(*c*) S. übrigens auch Note *d*, 1. am E.

(*d*) Nämlich 1. wenn dieß der Veräußernde ist, der das Eigenthum erst nach der Tradition erworben hat, fr. 1. pr. fr. 2. D. 21. 3. — fr. 17. D. 21. 2. — fr. 72. D. 6. 1., oder wenigstens erst nachher die ihm früher wegen eines Andern entzogen gewesene Veräußerungsbefugniß erlangt hat, fr. 17. D. 23. 5.; 2. wenn er den Veräußernden nach der Tradition beerbt hat, fr. 1. §. 1. D. 21. 3. — fr. 73. D. 21. 2. — const. 14. C. 3. 32. — const. 14. C. 8. 45; 3. wenn er die Veräußerung, nicht wissend, daß er Eigenthümer war, in fremdem Namen, z. B. als Pfandgläubiger, Mandatar oder Vormund, vorgenommen hat, fr. 10. D. 20. 6. — fr. 49. D. 17. 1.

(*dd*) Eine andere Art der exc. rei vend. et trad. war wohl die Einrede, womit vor Justinian derjenige, welchem der quiritarische Eigenthümer eine mancipi res nur tradirt hatte, sich schützte, wenn der Tradent die Sache vor vollendeter Usucapion von ihm vindicirte. Andere bonitarische Eigenthümer hatten andere Exceptionen. Vergl. die in der Note *a* angeführten neueren Abhandlungen und M. S. Mayer in der Zeitschrift für geschichtliche RW. B. 8. S. 35 ff. S. auch v. Vangerow §. 334 am E.

(*e*) fr. 1. §. 2. fr. 3. D. 21. 3. — const. 14. C. 3. 32.

(*f*) fr. 2. D. 21. 3. — fr. 72. D. 6. 1. — fr. 4. §. 32. D. 44. 4. So auch ehemals in dem Falle des §. 270. Note *b* am E. Vergl. §. 271. Note *dd*.

(*g*) fr. 17. D. 21. 2. — fr. 4. §. 32. cit.

(*h*) So 1. wenn der Eigenthümer, nicht aber sein nachheriger Erbe, sich demjenigen, welchem die Sache von einem Anderen veräußert wurde, für die Evictionsprästation verbürgt hat, const. 11. 31. C. 8. 45.; 2. wenn der Eigenthümer die von ihm verkaufte Sache nicht tradirt hat, diese aber auf andere rechtliche Weise in die Hände des Käufers gekommen ist, fr. 1. §. 5. D. 21. 3.; 3. wenn der Verkauf im Auftrage des Eigenthümers geschehen war und dieser dem Mandatar die Tradition, die

er dann doch vornahm, ohne hinreichenden Grund verboten hat, fr. 16. D. 6. 2. Vergl.: fr. 1. §. 2. 3. D. 21. 3. — fr. 7. §. 6. D. 41. 4. Einen Fall einer blos dilatorischen Einrede enthält fr. 7. §. 3 D. 23. 3. Vergl. Pagenstecher Abth. 3. S. 180 ff.

(*i*) v. Buchholtz a. a. O. geht diese Arten der Veräußerung einzeln durch.

Vierter Titel.

Von der Beendigung des Eigenthums.

§. 272.

Durch Uebergang auf einen anderen Eigenthümer (*).

So weit das Eigenthum von einem Anderen erworben wird, geht es für den bisherigen Eigenthümer verloren (*a*). Wie dieses geschehen kann, haben wir oben im zweiten Titel gesehen.

(*) Ueber den Verlust des Eigenthums überhaupt: Gesterding §. 58 ff. — Schmid §. 18 ff. — Sell §. 106. — Pagenstecher Abth. 2. S. 356 ff.

(*a*) S. §. 243. Note *a*.

§. 273.

Auf andere Weise.

Ohne von einem Anderen erworben zu werden, hört das Eigenthum auf: 1. wenn die Sache zu Grunde geht oder extra commercium kommt (*a*); 2. wenn der Eigenthümer dieselbe giltig derelinquirt (*b*); 3. wenn das wilde, occupirt gewesene Thier wieder entläuft, oder das zahm gemachte die Gewohnheit des Wiederkehrens ablegt (*c*).

(*a*) fr. 23. D. 7. 4. fr. 1. §. 5. 7. D. 43. 12. Vergl. oben §. 146. Note *a*.

(*b*) §. 47. J. 2. 1. — fr. 2. §. 1. D. 41. 7. — fr. 17. §. 1. D. 41. 1.

(*c*) §. 12. 15. J. 2. 1. — fr. 4. fr. 5. §. 5. D. 41. 1. Auf zahme Thiere leidet dies keine Anwendung. fr. 5. §. 6. D. ibid.

Drittes Capitel.

Von den Servituten.

Quellen: Gajus II. 28—33. — Inst. II. 3—5. — Dig. VII. und VIII. — Cod. III. 33. 34.

Literatur: Donelli comm. iur. civ. Lib. 9. cap. 21. 22. Lib. 10. Lib. 11. — Edm. Merillii commentar. in tit. Dig. de servitutibus; in Ottonis thes. T. 3. p. 613. — Jani a Costa comm. s. prael. ad tit. Dig. de servitutibus; in Meermani thes. T. 1. p. 697. — Jo. d'Avezan servitutum liber. Aurel. 1650., et in Meermani thes. T. 4. pag. 119. — Ern. Christ. Westphal de libertate et servitutibus praediorum. Lips. 1773. — K. S. Zachariae wissenschaftliche Entwickelung d. Lehre des Röm. Rechts von den dinglichen Servituten; in Hugo civ. Mag. B. 2. nr. 15.— C. E. Münter von den Servituten. 2 Theile. Hannover 1806. 1810. — Glück Commentar. Theil 9 und 10. bis §. 690. — B. K. Luden die Lehre von den Servituten. Jena 1837. — E. Hoffmann die Lehre von den Servituten nach Röm. Recht. 2 Theile. Darmstadt 1838. 1843. — Zielonacki krit. Erörterungen über die Servitutenlehre nach dem Röm. Recht. Bresl. 1849. — R. Elvers die Röm. Servitutenlehre. Bresl. 1856. (Darüber: Kuntze in der krit. Zeitschr. für die gesammte RW. B. 2. S. 227 ff.) — Heimbach im Rechtslex. B. 10. S. 145 ff.

Erster Titel.

Begriff und allgemeine Grundsätze von den Servituten überhaupt.

§. 274.

I. Begriff.

Servitus heißt dasjenige dingliche Recht an einer fremden Sache, welches auf Benutzung derselben geht und entweder mit einer bestimmten Person, welcher es zusteht, oder mit einer bestimmten unbeweglichen Sache, zu deren Benutzung es dient, unzertrennlich verbunden ist. Von einer Sache nämlich, deren Eigenthum durch ein solches dingliches Recht beschränkt ist, sagt man technisch: servit, und so kommt es denn, daß man zunächst die Beschränkung des Eigenthums einer Sache durch ein solches Recht und dann auch das Recht selbst servitus nennt (*a*). Daß dieser Sprachgebrauch (*b*) nur bei einer der vier im Justinianeischen Rechte vorkommenden Arten von dinglichen Rechten an fremden Sachen herrscht, das kommt daher, daß zu der Zeit, wo er sich bildete, die übrigen drei Arten noch nicht aufgekommen waren, indem keine derselben, wie die Servituten, zu den Instituten des alten Civilrechts gehört.

(*a*) §. 3. J. 2. 2. — Inst. 2. 3. Ueber den Röm. Begriff von servitus und ius in re aliena überhaupt s. man: v. Savigny vom Besitz S. 118. — Hufeland über den eigenthümlichen Geist des Röm. Rechts B. 2. Abth. 2. Nr. IX. — Löhr im Mag. B. 3. (1.) S. 486. — Zimmern Röm. rechtl. Unters. S. 102. — du Roi im Archiv für civil. Praxis. Bd. 6. S. 252 ff. — Puchta von dem Verhältniß des Eigenthums zu den Servituten; im Rhein. Museum für Jurispr. Jahrg. 1. H. 4. S. 286. — Guyet Abh. aus dem Civilrechte S. 5. — Unterholzner Verjährungslehre B. 2. §. 191. — Buchholtz Vers. Nr. 14. — Büchel Erört. B. 1. Nr. 3. S. 6 ff. — v. Vangerow Pand. B. 1. §. 338. — v. Scheurl in der Zeitschr. f. geschichtl. RW. B. 12. S. 242 ff. — Arndts in Linde's Zeitschr. n. F. B. 3. S. 250 ff. — Elvers a. a. O. §. 4. u. 5. — Kuntze a. a. O. S. 232 ff. — Arndts in der krit. Ueberschau B. 2. S. 161 ff. Pand. 3. u. 4. Aufl. §. 175. Anm. 3. — Brinz Pand. I. S. 158 ff. — v. Keller Pand. §. 163.

(*b*) Mit demselben hängt es auch zusammen, daß die Abwesenheit einer Servitut und nur sie libertas rei genannt wird, fr. 6. 7. 32. §. 1. D. 8. 2. — fr. 34 pr. D. 8. 3. — fr. 16. in f. fr. 18. §. 2. D. 8. 6. — fr. 4. §. 29. D. 41. 3., und daß eine mit keiner Servitut belastete Sache res optima maxima heißt, fr. 90. 169. D. 50. 16. — Cicero de lege agrar. 3. 2.

§. 275.

II. Allgemeine Grundsätze von den Servituten.

Aus dem Begriffe von Servitut überhaupt entwickeln sich folgende allgemeine Grundsätze, die großentheils auch bei andern iura in re gelten: 1. Eine Servitut, als ein dingliches Recht an der dienstbaren Sache, kann gegen jeden Besitzer derselben, und überhaupt gegen Jedermann, geltend gemacht werden (*a*). 2. Eine Servitut kann nicht darin bestehen, daß der Eigenthümer der dienenden Sache oder irgend Jemand zum Vortheil des Berechtigten Etwas thue (in faciendo). Der Eigenthümer einer Sache kann sich zwar allerdings verpflichten, in Beziehung auf dieselbe Etwas zum Vortheil eines Anderen zu thun, allein hierdurch würde kein Recht an der Sache selbst, sondern nur ein obligatorisches Verhältniß begründet werden (*b*). 3. Eine Servitut kann nur an einer fremden, nicht an einer dem Servitutberechtigten selbst gehörigen,

Sache bestehen. Nulli res sua servit (*c*). 4. Nur eine körperliche Sache, nicht eine Servitut, kann Gegenstand einer Servitut sein. Servitus servitutis esse non potest (*d*). 5. Die Servitut muß der Person oder Sache, welcher sie zustehen soll, irgend einen Vortheil gewähren (*e*). 6. Es wird im Zweifel nie vermuthet, daß eine Sache mit einer Servitut belastet sei (*f*); auch ist die Bestellung einer solchen immer streng auszulegen und die Ausübung derselben genau auf die vorgeschriebene Weise, und überhaupt so vorzunehmen, wie es dem Eigenthümer am wenigsten lästig ist (*g*).

(*a*) fr. 20. §. 1. D. 41. 1. — fr. 5. §. 9. D. 39. 1.

(*b*) fr. 15. §. 1. D. 8. 1. „Servitutum non ea natura est, *ut aliquid faciat quis* (veluti viridaria tollat, aut amoeniorem prospectum praestet, aut in hoc ut in suo pingat): *sed ut aliquid patiatur*, *aut non faciat.*" fr. 6. §. 2. D. 8. 5. — fr. 81. § 1. D. 18. 1. — Thibaut Versuche B. 1. Nr. 2. — Zachariae a. a. O. S. 336. — Schöman Handb. des Civilr. B 1. S. 378. — Chr. Frid. Lud. Johannknecht exploratio quaestionis: an servitus in faciendo consistat. Gött. 1807. — Hufeland über den eigenthüml. Geist des Röm. Rechts. Th. 2. Abth. 2. S. 98. — Buchholtz Versuche. Lübeck 1808. Nr. 3. — Schrader civ. Abhandl. S. 279. — Goldschmidt im Arch. f. die civil. Praxis B. 1. S. 386 ff. — Dernburg Beitr. zur Geschichte der Testamente S. 145. — Seuffert Erört. II. S. 37. — Guyet Abhandl. aus dem Civilrechte. S. 1. u. darüber: Zimmern in Schunck's Jahrb. B. 12. S. 37 ff. — Büchel civil. Erört. B. 1. Nr. 3. — Duncker die Lehre von den Reallasten. Marb. 1837. S. 18 ff. — Ordolff de servitutum indole et principiis communib. Erl. 1844. p. 8. 16 — v. Vangerow Pandekten §. 338. Anm. 2, 1. — Elvers §. 6. — Böcking Inst. B. 2. §. 160.

(*c*) fr. 5. pr. D. 7. 6. — fr. 26. D. 8. 2. — fr. 78. pr. D. 23. 3. — Wohl aber läßt sich an einer gemeinschaftlichen Sache eine Servitut zum Vortheil des einen Theilhabers denken. fr. 10. D. 7. 9. — fr. 8. fr. 27. pr. fr. 40. D. 8. 2.

(*d*) fr. 1. D. 33. 2. — fr. 33. §. 1. D. 8. 3.

(*e*) fr. 15. pr. D. 8. 1. — fr. 19. D. ibid. steht nicht entgegen. S. §. 287. Not. *a*.

(*f*) fr. 13. §. 1. D. 8. 4. — const. 9. C. 3. 34.

(*g*) fr. 20. §. 5. D. 8. 2. — fr. 4. §. 1. 2. fr. 5. §. 1. D. 8. 1. — fr. 24. fr. 33. §. 1. D. 8. 5.

Zweiter Titel.

Von den einzelnen Arten der Servituten.

§. 276.

Eintheilung der Servituten überhaupt.

Die Servituten sind entweder 1. solche, welche blos zum Vortheil einer gewissen bestimmten Person bestellt sind, so daß sie nur dieser Person zustehen und mit dem Tode derselben erlöschen (*a*). Diese heißen bei den Römern servitutes personarum s. hominum, auch wohl servitutes personales (*b*). Oder sie sind 2. solche, welche zum Vortheil eines Grundstückes bestellt sind, so daß sie mit diesem auf jeden neuen Eigenthümer übergehen. Servituten dieser Art heißen bei den Römern iura s. servitutes praediorum s. rerum (*c*), oder auch servitutes schlechthin (*d*). Jetzt nennt man sie Real- oder Prädial-Servituten, oder auch wohl Gerechtigkeiten eines Grundstückes.

(*a*) §. 3. J. 2. 4. — pr. J. 2. 5. — fr. 3. §. 3. D. 7. 4. S. unten §. 292. Not. *i*.

(*b*) fr. 1. 15. D. 8. 1. — fr. 8. §. 3. D. 34. 3.

(*c*) §. 3. J. 2. 3. — fr. 1. §. 1. D. 8. 4. — fr. 1. D. 8. 1.

(*d*) Z. B. in Rubr. D. de servitutibus 8. 1. und überhaupt in diesem ganzen Titel, so wie überall, wo der Ausdruck servitus ohne Beisatz vorkommt.

§. 277.

I. Persönliche Servituten.

Zu den persönlichen Servituten, welche sämmtlich das Eigene haben, daß sie höchst persönliche Rechte sind, daher auch nicht von der Person des Berechtigten getrennt werden können (*a*) und mit seinem Tode erlöschen (*b*), wenn sie ihm nicht ausdrücklich für sich und seine Erben eingeräumt worden sind (*c*), gehören nach Römischem Rechte der **Niesbrauch** (ususfructus) und der **Gebrauch** (usus) einer fremden Sache, das **Wohnungsrecht** (habitatio) in einem fremden Hause und die **Dienste eines fremden Sclaven oder Thieres** (operae servorum et animalium).

(*a*) §. 3. J. 2. 4. — fr. 66. D. 23. 3. — fr. 15. D. 10. 2. — fr. 37. D. 8. 3.
(*b*) §. 3. J. 2. 4. — pr. J. 2. 5. — fr. 3. §. 3. D. 7. 4. — const. 3. pr. const. 12. pr. const. 14. C. 3. 33.
(*c*) Doch erlischt auch hier die Servitut mit dem Tode des Berechtigten und fängt nur in der Person des Erben von Neuem wieder an. fr. 37. §. 12. D. 45. 1.

§. 278.

A. Usufructus. 1. Begriff desselben.

Der Niesbrauch oder usufructus (*a*) ist dasjenige dingliche Recht an einer fremden Sache, kraft welchem der Berechtigte befugt ist, alle Früchte der Sache zu ziehen und diese überhaupt so vollständig zu benutzen und zu gebrauchen, als dieß unbeschadet der Substanz der Sache geschehen kann (*b*). Der Berechtigte heißt fructuarius oder usufructuarius, der Eigenthümer der Sache, welcher alsdann blos die nuda proprietas hat (§. 241) (*c*), heißt proprietarius s. dominus proprietatis und die Sache selbst res fructuaria.

(*a*) Inst. 2. 4. — Dig. 7. 1. — Cod. 3. 33. — PAULUS III. 6. §. 17—26. — Fragm. Vaticana tit. de usufructu. — Ueber die ganze Lehre: DONELLI comm. iur. civ. Lib. 10. — GALVANUS de usufructu. Genev. 1676. Edit. nov. Tübing. 1788. — GER. NOODT de usufructu; in opp. T. 1. — **Heimbach** im Rechtslexicon B. 11. S. 867 ff.
(*b*) pr. J. 2. 4. — fr. 1. D. 7. 1. — Man muß daher den ususfructus oder das ius utendi fruendi *re aliena* nicht mit dem Benutzungsrechte des Eigenthümers (§. 266.) verwechseln. Dieses letztere hieß bei den Römern nie usufructus und im fr. 5. pr. D. 7. 6. — fr. 78. pr. D. 23. 3. wird ausdrücklich gesagt, daß der Eigenthümer einer Sache keinen ususfructus daran habe und haben könne: nulli enim res sua servit (§. 275).
(*c*) §. 1. J. 2. 4.

§. 279.

2. Gegenstand desselben.

Da der ususfructus kein Recht auf die Substanz der Sache, also nicht auf Consumtion derselben, gibt, so kann eigentlich nur eine nicht verbrauchbare Sache Gegenstand desselben sein, ohne Unterschied übrigens, ob sie eine bewegliche oder unbewegliche ist (*a*). So war es auch im älteren Römischen Rechte; allein späterhin (*aa*) ließ man analogisch auch einen ususfructus an verbrauchbaren Sachen zu und damit entstand der Unterschied zwischen verus und quasi ususfructus (*b*). Gleichzeitig wurde der Begriff von ususfructus auch ausgedehnt auf den Niesbrauch eines ganzen Vermögens oder eines Theils desselben (ususfructus omnium s. partis bonorum). Dieser letztere bezieht

sich auf alle einzelne Bestandtheile des Vermögens, jedoch nach Abzug der Schulden, und ist in Beziehung auf die zu dem Vermögen gehörigen körperlichen, nicht verbrauchbaren, Sachen als verus ususfructus, in Beziehung auf alle übrigen Bestandtheile des Vermögens als quasi ususfructus zu betrachten (*c*).

(*a*) pr. §. 1. J. 2. 4. — fr. 2. D. 7. 1.
(*aa*) Durch ein Senatsconsult, über dessen Alter man nicht einig ist. fr. 1. D. 7. 5. — §. 2. J. 2. 4. — Hugo Gesch. des R. R. S. 764. — Puchta im Rhein. Mus. f. Jurispr. Jahrg. 3. S. 82. — Schilling Lehrb. f. Instit. und Gesch. des R. R. B. 2. §. 191.
(*b*) §. 2. J. 2. 4. — Dig. 7. 5. — S. darüber unten §. 282.
(*c*) fr. 24. pr. fr. 37. fr. 43. D. 33. 2. — fr. 39. §. 1. D. 50. 16. — const. 1. C. 3. 33.

§. 280.

3. Rechte des Usufructuars.

Bei dem verus ususfructus hat der Usufructuar folgende Rechte: 1. Er kann die fremde Sache ganz vollständig benutzen und gebrauchen, wie dieß nach ihrer Form und Gestalt, unbeschadet ihrer Substanz, geschehen kann, ohne dabei auf persönliches Bedürfniß beschränkt zu sein (*a*). Er hat demzufolge das Recht, alle beim Anfange des Niesbrauches noch hängenden (*b*) und alle während der Dauer desselben aufkommenden Früchte zu percipiren (*c*); das Eigenthum an den Früchten erwirbt er aber erst durch die Perception derselben, weshalb alle beim Ende des Niesbrauchs von ihm noch nicht percipirten Früchte nicht an seine Erben, sondern an den Proprietar fallen (*d*). Er hat ferner 2. das Recht, alle der Sache zustehenden Servituten auszuüben (*dd*). 3. Er darf die Ausübung des ihm zustehenden Niesbrauchs gegen Vergeltung oder umsonst einem Anderen überlassen (*e*), das Recht des Niesbrauchs selbst aber ist unzertrennlich von seiner Person; er kann es zwar dem Proprietar zurückgeben, aber auf keinen Dritten übertragen (*f*).

(*a*) Das Röm. Recht enthält darüber sehr viele specielle Bestimmungen. Man sehe z. B. §. 37. J. 2. 1. — fr. 9. §. 7. fr. 10. 11. fr. 12. pr. fr. 18. fr. 59. §. 2. D. 7. 1. vergl. Laspeyres vom Niesbrauch an Waldungen, im Arch. f. civ. Prax. B. 19. Nr. 4. Ueber fr. 13. §. 5. cit. s.: Feuerbach civil. Versuche B. 1. nr. 4. — Hagemeister in Hugo's civ. Mag. B. 3. nr. 13. — Thibaut civil. Abhandl. S. 269. Note 7. — v. Madai im Arch. für civ. Pr. B. 15. S. 330. — v. Vangerow Pand. Bd. 1. §. 344. Anm. 2. — v. Madai Beitr. zur Dogmengeschichte S. 42 ff. — Puchta Pand. §. 181. Note *o*. — Keil im Arch. für civ. Praxis. B. 35. Nr. 11.
(*b*) fr. 27. pr. D. 7. 1.
(*c*) fr. 59. §. 1. ibid. — fr. 25. §. 1. D. 22. 1.
(*d*) §. 36. J. 2. 1. — fr. 13. D. 7. 4. — fr. 12. §. 5. D. 7. 1. — fr. 25. §. 1. D. 22. 1. — fr. 8. D. 33. 1. Vergl. oben §. 154. Note *c*, besonders aber §. 265, und wegen der fructus civiles fr. 25. §. 6. fr. 26. fr. 58. pr. D. 7. 1. und von Wächter Erört. H. 1. S. 72 ff.
(*dd*) fr. 1. pr. fr. 5. §. 1. D. 7. 6. vergl. mit fr. 1. §. 20. fr. 2. D. 39. 1. — fr. 1. §. 4. D. 43. 25. und darüber: v. Bülow Abh. Th. 2. Nr. 4.
(*e*) fr. 12. §. 2. D. ibid. Vergl. fr. 38. 39. 67. D. ibid. — const. 13. C. 3. 33. Auch kann der ususfructus verpfändet werden. fr. 11. §. 2. D. 20. 1.
(*f*) fr. 15. 16. pr. D. 10. 2. — Pauli sent. rec. 3. 6. §. 32. — Gaj. 2. 30. — §. 3. J. 2. 4. — Theophilus ad h. l. und die Turiner Glosse zu derselben Stelle (bei v. Savigny Gesch. des Röm. Rechts B. 3. S. 681. und in der 2. Aufl. Bd. 2. S. 439). Nach Gajus und der Institutionenstelle ist die Cession des Niesbrauchs

an einen Dritten eine ganz nichtige und wirkungslose Handlung, die übrigens, wie sich besonders aus Gajus ergibt, für den Cedenten keine weiteren nachtheiligen Folgen hat („ius suum retinet"). Dagegen heißt es im fr. 66. D. 23. 3: „sed ad dominum proprietatis reversurum usumfructum." Ueber diesen Widerspruch s. WALCH introd. in controvers. iur. civ. Ed. 3. p. 159. — L. H. SIERSTEMA de effectu cessionis ususfructus factae extraneo. Gröning. 1807. — Glück Comm. Th. 9. S. 223. — Goldschmidt in Löhr's Mag. B. 3. (1.) S. 478. — Puggé im Rhein. Museum für Jurispr. Jahrg. 1. S. 145 und darüber: Puchta in Schunck's Jahrb. B. 4. S. 144. — Fritz Erläut. B. 1. H. 2. S. 309. — v. Löhr in Linde's Zeitschr. B. 13. Nr. 7. — Dernburg in ders. Zeitschr. n. F. B. 2. Nr. 2. — Arndts ebendas. B. 8. Nr. 4. S. 88. Daß die im Texte gegebene Regel nach neuerem Röm. Rechte nicht mehr gelte, behaupten: Dernburg a. a. O. und Elvers a. a. O. §. 27, 28. Gegen jenen s. Arndts a. a. O.; gegen Elvers, der sich hauptsächlich auf fr. 8. §. 2. D. 18. 6. und fr. 57. D. 24. 3. beruft, siehe: Kuntze a. a. O. S. 256 ff. und Arndts Pand. 3. u. 4. Aufl. §. 179, Anm. 3.

§. 281.

4. Pflichten des Usufructuars.

Seine **Pflichten** bestehen darin: 1. er muß alle auf der Sache haftenden Lasten und Abgaben tragen (*a*); 2. er muß die Sache wie ein guter Hausvater gebrauchen und wie ein solcher für die Erhaltung derselben in gutem Stande sorgen, widrigenfalls er dem Eigenthümer zum Schadenersatz verpflichtet wird (*b*). Fallen ihm indeß die Abgaben, die Reparatur- und sonstigen Erhaltungskosten zu beschwerlich, so kann er sich durch Dereliction des Niesbrauchs davon befreien (*c*). Er muß ferner 3. nach Beendigung seines Rechts die Sache selbst an den Proprietar zurückgeben, und endlich 4. zur Sicherheit der Erfüllung aller seiner Pflichten gleich beim Anfange seines Niesbrauchs dem Proprietar eine Caution durch Bürgen, oder Unterpfand bestellen (s. g. cautio usufructuaria) (*d*). Ehe diese Caution bestellt ist, ist der Proprietar nicht verpflichtet dem Usufructuar den Besitz der Sache einzuräumen, und wenn dieß schon geschehen sein sollte, so kann vom Proprietar auf Bestellung der Caution oder auf Herausgabe der Sache geklagt werden (*e*).

(*a*) fr. 10. D. 50. 17. — fr. 7. §. 2. fr. 27. §. 3. fr. 52. D. 7. 1.

(*b*) fr. 1. §. 3. 7. fr. 2. D. 7. 9. — fr. 9. pr. fr. 13. §. 2. fr. 15. §. 3. fr. 65. pr. fr. 60. D. 7. 1. — §. 38. J. 2. 1. Für die Abnutzung derselben durch ordnungsmäßigen Gebrauch haftet er aber nicht. fr. 9. §. 3. D. 7. 9. — GER. CASTENDYK Diss. de iuribus et obligationibus usufructuarii circa refectionem aedificiorum. Gött. 1792.

(*c*) fr. 48. pr. fr. 64. fr. 65. pr. D. 7. 1. — JUL. ED. VON DER BECKE observationes de iuribus et obligationibus usufructuarii usumfructum derelinquentis ad LL. 64 et 65. pr. D. de usufructu et quemadmodum quis utatur fruatur. Lips. 1825. — Vergl. §. 292. Note *c*.

(*d*) Dig. 7. 9. — GALVANUS de usufructu c. 19. 20. — Die Caution kann vom Proprietar erlassen werden, aber nicht vom Testator, welcher Jemanden den Niesbrauch vermacht. const. 1. C. 3. 33. — const. 7. C. 6. 54. Vergl. fr. 8. D. 7. 5. Ueber die verschiedenen Meinungen hierüber s. man: Höpfner Comm. §. 373. — Glück Comm. Th. 9. §. 654. — W. H. HOFSTEDE de cautione usufructaria a testatore non remittenda. Gröning 1804. — Roßhirt Vermächtnisse B. 2. S. 181 ff. — Arndts Pand. §. 180. Anm. 2. — Böcking Instit. §. 165 am E. — Brinz Pand. B. 1. S. 269.

(*e*) fr. 13. pr. D. 7. 1. — fr. 7. pr. D. 7. 9.

§. 282.

5. Rechte und Pflichten des Quasi-Usufructuars.

Bei einem quasi-usufructus rerum, quae usu consumuntur (*), wird der Usufructuar im Grunde Eigenthümer der res fructuaria, indem er

dadurch ein Recht auf Consumtion derselben erhält. Nach Beendigung seines Rechts muß er aber eine gleiche Quantität, als er erhalten hat, von Sachen derselben Art und Güte, oder den Werth derselben restituiren, und zur Sicherheit dieser Restitution Caution bestellen (*a*). Soviel nun insbesondere den Niesbrauch an Kleidern anbetrifft, so ist dieser im Zweifel für einen verus usufructus zu halten, wenn er nicht ausdrücklich als ein quasi usufructus bestellt worden ist (*b*). Der usufructus nominis ist eine Art des Quasi-Usufructus (*c*). Der Usufructuar darf im Zweifel den Ausstand eintreiben (*d*), und erlangt, wenn es zur Zahlung kommt, den Usufruct an dem empfangenen Gegenstande, also bald einen quasi ususfructus rerum, bald einen verus ususfructus (*e*).

(*) §. 2. J. 2. 4. — Dig. 7. 5. — Majansii disp. iur. civ. T. 1. nr. 17. — Ph. Held die Lehre von dem ususfructus earum rerum, quae usu consumuntur vel minuuntur. Würzb. 1848.

(*a*) fr. 7. D. 7. 5. Vergl. §. 2. J. 2. 4. — fr. 5. §. 1. D. 7. 5. — Schweppe Röm. Privatrecht B. 2. §. 298–300.

(*b*) fr. 15. §. 4. D. 7. 1. — §. 2. J. 2. 4. et *Glossa* ad h. l. — fr. 9. §. 3. D. 7. 9. — Donellus Lib. 10. c. 4. — Noodt de usufr. Lib. 1. c. 21. — Schöman Handb. des Civilr. B. 1. S. 15. — Mühlenbruch doct. Pand. §. 289. — Fritz Erläut. B. 1. H. 2. S. 352. — Arndts Pand. B. 1. §. 181. Viele sind gerade der umgekehrten Meinung, z. B. A. F. Schott de usufr. vestimentorum; in opusc. iur. Lips. 1770. p. 164. — Thibaut System §. 610. — v. Madai Beitr. zur Dogmengesch. S. 170 ff Vergl. überhaupt: J. J. Wilhelm de usufructu vestimentorum. Gröning. 1801. — Glück Comm. B. 9. §. 643. 644. — v. Madai a. a. O. S. 147 ff. — Held a. a. O. §. 10. — Elvers S. 191 und 593 ff.

(*c*) S. oben §. 279. Note c.

(*d*) fr. 3. 4. D. 7. 5. — fr. 24. pr. D. 33. 5. — const. 1. C. 3. 33. Ausgenommen ist natürlich der Fall, wenn der Schuldner selbst der Usufructuar ist. fr. 3. cit. in f.

(*e*) Ueber die verschiedenen Ansichten s.: Jo. Car. Lochner (Pr. Car. Frid. Haeberlin) Diss. de usufructu pecuniae. Erlang. 1783. (Nach Meusel's gel. Deutschl. Bd. 14. S. 7. ist Carl Friedrich Walch der Verfasser dieser Dissertation.) — Weber zu Höpfner §. 374 Note 2. — Mühlenbruch von der Cession 3. Ausg. S. 497. — E. Hoffmann a. a. O. §. 51. — Puchta Vorles. §. 182. — Held a. a. O. §. 12. — Steinberger in Linde's Zeitschrift n. F. B. 11. Nr. 6.

§. 283.

B. Usus.

Das Gebrauchsrecht, oder der usus (*a*), ist diejenige persönliche Servitut, kraft welcher der Berechtigte jeden Gebrauch von einer fremden Sache machen darf, der sich ihrer Natur und ihrer Bestimmung nach davon machen läßt, und zwar ohne Rücksicht auf sein und der Seinigen Bedürfniß. Der usus gibt also an und für sich kein Recht auf die Früchte, sondern nur auf den Gebrauch der Sache; wenn diese indeß von der Art ist, daß sie ohne Fruchtgenuß gar nicht oder doch nicht vollständig gebraucht werden kann, so soll der Usuarius nach seinem Bedürfnisse auch einen mäßigen Antheil an den Früchten erhalten (*b*). Er darf übrigens die Ausübung seines Rechts nicht, wenigstens nicht ganz und ausschließlich, einem Andern überlassen (*c*).

(*a*) Inst. 2. 5. — Dig. 7. 8. — 33. 2. — Thibaut's Versuche Bd. 1. Nr. 3. — Weber zu Höpfner §. 380. — v. Savigny vom Berufe unserer Zeit zur Gesetzgebung S. 101. — Puchta Pand. §. 179 u. 180 und Instit. B. 2. §. 255 sieht den Usus als die normale Personalservitut an und findet in dem, was der Usufruct mehr gewährt, eine Anomalie. Dagegen s.: v. Scheurl in der Zeitschr. für geschichtl. RW. B. 15. Nr. 2. — Elvers S. 18. 448 ff. — Böcking Inst. §. 163, Note 18 ff., vergl. §. 167.

(b) Zur Erläuterung des Begriffes von usus mögen folgende Stellen dienen: fr. 2. pr. D. 7. 8. „Cui usus relictus est, *uti potest*, *frui non potest*. Et de singulis videndum." Nun wird an einer Reihe von Beispielen gezeigt, welche Rechte der Usuar hat (wenn ihm der usus an einem Hause, an einer Villa, an Ochsen, Pferden, Schafen u. s. w. eingeräumt worden ist), z. B. fr. 12. §. 2. D. ibid. „Sed si pecoris ei usus relictus est, puta gregis ovilis: ad stercorandum usurum duntaxat, Labeo ait: sed neque lana, neque agnis, neque lacte usurum: *haec enim magis in fructu esse*. Hoc amplius etiam modico lacte usurum puto: neque enim tam stricte interpretandæ sunt voluntates defunctorum. §. 3: Sed si boum armenti usus relinquatur, omnem usum habebit, et ad arandum et ad caetera, ad quae boves apti sunt." Oft gab der usus eben so viel Rechte als der ususfructus, z. B. fr. 22. pr. D. ibid. Näheres bei Keller Pand. §. 176. Ein regelmäßiges Recht auf Fruchtgenuß zur Befriedigung individueller Bedürfnisse gewähren dem bloßen Usuar: v. Scheurl a. a. O. Elvers a. a. O. Böcking a. a. O. Dagegen aber: Brinz Pand. B. 1. S. 170 ff.

(c) §. 1. J. 2. 5. Vergl. fr. 2. §. 1. fr. 3. fr. 4. fr. 8. pr. D. 7. 8. Für ein Entgelt schon deswegen nicht, weil dieses als fructus civilis betrachtet wird.

§. 284.

C. Habitatio.

Das Wohnungsrecht (habitatio) (*a*), oder das Recht der freien Wohnung in einem fremden Hause, war bei den Römern der Sache nach ungefähr dasselbe, was ususfructus oder usus aedium war (*b*), aber es scheint, als ob man sich des Ausdrucks habitatio oder usus aedium habitandi causa nur bedient habe, um einem Dürftigen eine Wohnung als Almosen einzuräumen (*c*). Daher durfte auch der Habitator die Ausübung seines Rechts zwar gegen Entschädigung, aber nicht umsonst, einem Andern überlassen (*d*), und eben deshalb ging auch die habitatio nicht, wie der ususfructus und usus, durch Capitisdeminution oder durch Nichtausübung verloren (*e*). Auch hatte die habitatio noch das Eigenthümliche, daß sie, wenn sie als reine donatio inter vivos eingeräumt war, von den Erben des Schenkers widerrufen werden konnte (*f*).

(a) Inst. 2. 5. — Dig. 7. 8. — Cod. 3. 33.
(b) fr. 10. pr. D. 7. 8.
(c) Thibaut Abhandl. nr. 2. — v. Keller Pand. §. 177. — A. M. ist Hugo RG. S. 508.
(d) §. 5. J. 2. 5. — const. 13. C. 3. 33. — fr. 10. pr. D. 7. 8.
(e) fr. 10. D. 4. 5. vergl. mit §. 3. J. 2. 4. u. pr. J. 2. 5. S. unten §. 292. Not. *i*.
(f) fr. 27. 32. D. 39. 5. A. M. v. Savigny in der Zeitschr. für geschichtl. RW. B. 4. S. 47 ff. — v. Buchholtz Vers. Nr. 15.

§. 285.

D. Operae servorum.

Die operae servorum et animalium bestanden bei den Römern in dem Rechte, von den Diensten eines fremden Sclaven oder Thieres allen erlaubten Nutzen zu ziehen, welcher sich nach der Beschaffenheit oder besondern Bestimmung des Sclaven oder Thieres davon ziehen ließ (*a*). Dieses Recht ging ebenfalls, wie die habitatio, nicht durch Capitisdeminution oder Nichtausübung verloren. Auch hatte das legatum operarum noch das von den Legaten anderer persönlichen Servituten Abweichende, daß es auf die Erben des Legatars transmittirt wurde, wenigstens alsdann, wenn dieser starb, nachdem dies legati cessit und bevor dies legati venit, und mithin nicht schon selbst in den Genuß gekommen war (*b*).

(a) Dig. VII. 7. u. XXXIII. 2. — fr. 6. pr. D. 7. 7.
(b) fr. 2. D. 7. 7. — fr. 2. D. 33. 2. — So v. Buchholtz Vers. Nr. 16 und jur. Abhandl. Nr. 30 S. 379. S. auch unten §. 292 Note i. §. 712. Note c. Vergl.: Unterholzner Verjährungslehre B. 2, S. 216. — v. Keller Pand. §. 178.

§. 286.

II. Prädial-Servituten (*). A. Begriff derselben.

Unter einer Prädial-Servitut versteht man ein Recht, welches zum Vortheil eines Grundstücks an einem andern Grundstücke bestellt worden ist, und welches deshalb von jedem Eigenthümer des berechtigten Grundstücks gegen jeden Besitzer des dienstbaren Grundstücks ausgeübt werden kann (a). Es werden dabei also immer zwei, verschiedenen Eigenthümern zugehörige, Grundstücke (praedia) vorausgesetzt (b), und zwar eins, welches mit der Servitut belastet ist (quod debet servitutem, praedium serviens s. fundus servus) (c), und eins zu dessen Vortheil die Sevitut bestellt ist (cui debetur servitus, quod habet servitutem jetzt praedium dominans genannt) (d). Beide Grundstücke müssen vicina sein, d. h. sie dürfen nicht zu weit von einander entfernt sein und müssen überhaupt eine solche natürliche Lage zu einander haben, daß die Ausübung der Servitut möglich ist (e).

(*) Inst. 2. 3. — Dig. 8. 1—6. — Cod. 3. 34, — Cujacii recitat. ad Dig. lib. 8. tit. 1—6. (In operib. T. 7.) — Donelli comment. iuris civ. lib. 11. cap. 1—8. 13. 14. — Zachariä in Hugo's civ. Mag. B. 2. nr. 15. — J. C. van Alderwerell de servitutibus realibus. Lugd. Bat. 1809. — Henr. Curd. Stever de servitutibus praediorum. Pars prior. Rostoch. 1817. — Seuffert Erört. Abth. 2. nr. 10—14.
(a) fr. 12. D. 8. 4. — const. 3. C. 3. 34.
(b) fr. 1. §. 1. D. 8. 4. — §. 3. J. 2. 3. — fr. 14. §. 3. D. 34. 1. — fr. 5. D. 8. 3.
(c) fr. 9. D. 8. 1. — fr. 14. D. 8. 2. — fr. 23. §. 2. D. 8. 3. — fr. 20. §. 1 D. 41. 1.
(d) fr. 23. §. 2. 3. D. 8. 3.
(e) fr. 5. §. 1. fr. 7. §. 1. D. 8. 3. — fr. 38. D. 8. 2. — fr. 7. §. 1. D. 8. 4. — fr. 5. D. 8. 5.

§. 287.

B. Allgemeine Grundsätze von den Prädial-Servituten.

Allgemeine Grundsätze von den Prädial-Servituten (*) sind folgende: 1. Die Servitut muß von der Art sein, daß sie dem berechtigten Grundstücke selbst einen Vortheil gewährt, so daß der Werth oder doch die Annehmlichkeit desselben dadurch erhöht wird (a). 2. Die Servitut muß causam perpetuam haben, d. h. das dienende Grundstück muß seiner natürlichen Beschaffenheit nach fortdauernd geschickt sein, dem berechtigten Grundstücke den beabsichtigten Vortheil zu gewähren, und zwar ohne daß eine Handleistung von Seiten des Eigenthümers des dienenden Grundstücks erforderlich ist (b). 3. Die Servitut ist als eine Zubehör des berechtigten Grundstücks anzusehen, sie geht daher mit demselben auf jeden neuen Eigenthümer über und kann ohne dasselbe nicht veräußert, nicht verpfändet und nicht verpachtet, auch nicht von demselben auf ein anderes übertragen werden (c). 4. Die Prädial-Servituten sind untheilbar und können daher nicht zum Theil erworben oder verloren werden (d). 5. Wenn eine Prädial-Servitut schlechthin constituirt ist, so kann sie der Regel nach auf dem ganzen dienstbaren Grundstücke ausgeübt werden (e), doch muß die Aus-

übung derselben immer auf den wahren Bedarf des herrschenden Grundstücks beschränkt bleiben (*f*). Durch besondern Vertrag kann übrigens die Servitut nach Zeit und Ort, so wie in Rücksicht der Art ihrer Ausübung, eingeschränkt sein (*g*). 6. Eine Prädial-Servitut kann in der Regel von jedem Eigenthümer des herrschenden Grundstücks ausgeübt werden, ausgenommen, wenn sie dem ersten Erwerber ausdrücklich nur für seine Person eingeräumt worden ist (*h*). 7. Wer eine Servitut auszuüben berechtigt ist, darf auch alles dasjenige thun, ohne welches ihm jene Ausübung unmöglich sein würde (*i*); jedoch kann er in der Regel nicht verlangen, daß der Eigenthümer der dienenden Sache diese ausbessere, sondern er muß dieß selbst thun, wenn eine solche Reparatur zur Ausübung der Servitut nöthigt wird (*k*). 8. Alle Prädial-Servituten stehen dem herrschenden Grundstücke selbst zu; nicht blos der superficies desselben, d. h. demjenigen, was sich auf dem Grundstücke befindet, wenn sie auch zunächst zum Vortheil der superficies dienen sollten. Ebenso haften sie auf dem dienstbaren Grundstücke, nicht blos auf der superficies desselben (*l*).

(*) Vergl. überhaupt: Schrader civil. Abhandl. Nr. 5. — v. Vangerow Pand. B. 1. §. 340. — Elvers §. 16 ff.

(*a*) fr. 15. pr. D. 8. 1. — fr. 3. pr. D. 43. 20. — fr. 86. D. 50. 16. Aus dem hier aufgestellten Grundsatze erklärt sich zweierlei: 1. Es kommt nichts darauf an, ob die Servitut für denjenigen Eigenthümer des Grundstückes, der sie sich bestellen läßt, persönlich irgend einen Werth hat. fr. 19. D. 8. 1. „Ei fundo, quem quis vendat, servitutem imponi, etsi non utilis sit, posse existimo: veluti, si aquam alicui ducere non expediret, nihilominus constitui ea servitus possit: quaedam enim habere possumus, quamvis ea *nobis* utilia non sunt." v. Löhr in s. Mag. B. 3 (1.) S. 489 ff. — Elvers §. 16 im Anf. Andere Ansichten äußern: Hufeland über den Geist des Röm. Rechts B. 2. Abtheil. 2. S. 88. — Thibaut civ. Abhandl. nr. 3. — Goldschmidt in Löhr's Mag. B. 3. (1.) S. 480. — Theoph. Henr. Frid. Gaedke Diss. an et quo sensu servitus non utilis fundo imponi possit? ad LL. 15. et 19. D. de servit. Rostoch. 1826, welchem beistimmt: Zimmern in der Tüb. krit. Zeitschr. für RW. B. 2. S. 403. — 2. Ein Recht, welches Jemanden blos zu seinem persönlichen Vergnügen oder Nutzen auf dem Grundstücke eines Anderen eingeräumt wird, ist keine servitus praedii. fr. 8. pr. D. 8. 1. „Ut pomum decerpere liceat, et ut spatiari, et ut coenare in alieno possimus, servitus (sc. praedii) imponi non potest." — Thibaut Versuche B. 1. nr. 1. — Schrader civil. Abh. nr. 6. — Seuffert Erört. Abth. 2. S. 39. — Elvers S. 143 ff.

(*b*) fr. 28. D. 8. 2. — fr. 23. §. 1. D. 8. 3. — fr. 2. D. 8. 4. — fr. 1. §. 4. D. 43. 22. — Heineccii Diss. de causa servitutum perpetua; in opp. T. 3. p. 177. — Seuffert Erört. II. S. 43. Vergl. auch fr. 3. D. 8. 3. und darüber: Schrader civil. Abh. S. 319. — Göschen Vorles. II. 1. S. 239. — Elvers §. 17. — A. Schmidt in Bekker's u. Muther's Jahrb. B. 3. S. 247, 260 ff. — v. Keller Pand. §. 164, 6.

(*c*) fr. 16. D. 8. 1. — fr. 44. D. 19. 2. — fr. 33. §. 1. D. 8. 3. — fr. 11. §. 3 fr. 12. D. 20. 1. Vergl. unten §. 305.

(*d*) fr. 11. 17. D. 8. 1. — fr. 18. fr. 32. D. 8. 3. — fr. 6. pr. D. 8. 6. — fr. 5. D. 7. 1. — Kori über Theilbarkeit der Servituten; in Elvers Themis Bd. 1. S. 481. — Cramer in Hugo's civ. Mag. B. 6. S. 1—33. — Ueber die Folgen und Beschränkungen dieser Regel s.: fr. 23. §. 3. fr. 25. D. 8. 3. — fr. 140. §. 2. D. 45. 1; und darüber: Schrader civil. Abhandl. S. 284. — S. auch: von Vangerow a. a. O. Anm. 2. Nr. 1. — Heinzelmann die Untheilbarkeit der Servituten. Nördl. 1854. (Darüber: Kuntze in der krit. Zeitschr. für die ges. RW. B. 1. S. 546 ff.)

(*e*) fr. 21. D. 8. 3. — fr. 9. D. 8. 1.

(*f*) fr. 5. §. 1. in fin. D. 8. 3. — fr. 9. D. 8. 1.

(*g*) fr. 4. pr. §. 1. 2. fr. 6. D. 8. 1. — fr. 13. §. 1. D. 8. 3. Durch Beifügung eines Endtermins oder einer Resolutivbedingung kann die Dauer einer Prädialservitut

nur ope exceptionis beschränkt werden. fr. 4. pr. D. 8. 1. Vergl. fr. 15. D. 7. 4. — const. 5. C. 3. 33. — Elvers §. 19. — v. Keller Pand. S. 317, Anm. 20.

(*h*) fr. 15. pr. D. 8. 1. — fr. 56. §. 4. D. 45. 1. — fr. 1. D. 33. 2. (Ueber diese Stelle s. auch den Schluß dieser Anmerkung.) Sehr bestritten ist die Frage: wie weit es zulässig ist, daß ein Recht, welches als Prädialservitut vorzukommen pflegt, nicht als solche, sondern als Personalservitut bestellt wird. Die Stellen, die dieses gestatten sollen, sind hauptsächlich: fr. 32. D. 7. 1. — fr. 4—6. pr. fr. 37. D. 8. 3. — fr. 6. D. 33. 3. — fr. 14. §. 3. D. 34. 1. S. auf der einen Seite besonders Zachariä v. Lingenthal im Arch. für civ. Prax. B. 27. Nr. 1. und auf der anderen R. Cohnfeldt die irregulären Servituten nach Röm. Rechte, Leipz. 1862. S. 1—80. Vergl. v. Keller Pand. §. 179. In fr. 14. §. 3. cit. ist nach Zachariä und nach älteren Schriftstellern zu lesen: „est servitus, personæ tamen ejus, ... utiliter (oder non inutiliter) relinquitur," und nach Zachariä am Schlusse: „haec enim aeque personæ relinquuntur." Gegen diese Emendation sind: Mühlenbruch im Arch. f. civ. Prax. B. 15. Nr. 18. S. 390 ff. — Böcking Instit. B. 2. §. 161, Anh. II. — Cohnfeldt S. 68 ff. Eine andere Emendation schlägt vor: Fuchs im Arch. für prakt. RW. B. 4. Nr. 15. Auch über die Auslegung von fr. 1. D. 33. 2. ist man nicht einig. Auf der einen Seite s. Hasse im Rhein. Mus. B. 1. S. 73. Anm. 3. und Zachariä Note 15, auf der andern: Hoffmann B. 1. §. 7. S. 14. — v. Keller a. a. O. lit *d*. — A. Schmidt in Bekker's u. Muther's Jahrb. B. 3. S. 246 unten u. S. 259, Note 26.

(*i*) fr. 10. D. 8. 1. — fr. 20. §. 1. D. 8. 2. — fr. 3. §. 3. D. 8. 3.

(*k*) fr. 6. §. 2. D. 8. 5. — arg. fr. 15. §. 1. D. 8. 1. — fr. 81. §. 1. D. 18. 1. — Jo. Tob. Richter Diss. de domino serviente ad praedii servientis refectionem obligato. Lips. 1733. — Philipp Jac. Heisler jur. Abh. u. Erört. Samml. 1. Nr. 1. 2. — Nur bei der servitus oneris ferendi findet ausnahmsweise das Gegentheil statt. fr. 6. §. 2. fr. 8. pr. §. 2. D. 8. 5. — fr. 33. D. 8. 2. S. unten §. 289. Note *a*.

(*l*) fr. 13. pr. D. 8. 3. — fr. 11. pr. D. 8. 2. S. jedoch auch fr. 3. D. 8. 1. und vergl. v. Keller §. 164 am E.

§. 288.

C. Arten derselben.

Die Prädial-Servituten sind 1. entweder servitutes s. iura praediorum urbanorum, oder servitutes s. iura praediorum rusticorum (*a*). Unter praedium urbanum wird ein Gebäude verstanden, ohne Unterschied, ob es in der Stadt oder auf dem Lande steht, und unter praedium rusticum jedes andere Grundstück (*b*). Servitus praedii urbani heißt nun zunächst eine solche, welche als das Recht eines praedii urbani besteht, servitus praedii rustici dagegen eine solche, welche zu Gunsten eines praedii rustici bestellt ist (*c*). Es gibt übrigens einige Servituten, welche gewöhnlich urbanae sind, aber auch zu Gunsten eines praedii rustici vorkommen können, und umgekehrt können diejenigen, die gewöhnlich rusticae sind, fast sämmtlich auch zum Vortheil eines praedii urbani bestellt werden (*d*). Daran knüpft sich denn eine zweite Bedeutung der nämlichen Eintheilung (*e*). Die Prädial-Servituten sind nämlich theils solche, welche deswegen s. p. urbanorum genannt werden, weil sie immer oder wenigstens gewöhnlich zum Vortheil eines Gebäudes vorkommen, theils solche, welche s. p. rusticorum heißen, weil sie immer oder wenigstens gewöhnlich zum Vortheil eines leeren Platzes bestellt werden (*f*). 2. Die Prädial-Servituten sind ferner entweder solche, vermöge deren der Eigenthümer der dienenden Sache Etwas leiden muß, was er als unbeschränkter Eigenthümer nicht zu leiden brauchte (in patiendo consistunt), oder solche, vermöge deren er Etwas nicht thun darf, ihm Etwas untersagt werden kann, was er als Eigenthümer thun dürfte (in non faciendo consistunt). Jene

nennt man affirmative, diese negative Servituten (*g*). — Die Zahl der Prädial-Servituten ist übrigens nicht beschränkt. Das Römische Recht stellt nur die allgemeinen Bedingungen auf, unter denen Prädial-Servituten als solche gelten sollen (§. 287). Unter diesen Bedingungen können so viel und mancherlei Prädial-Servituten bestellt werden, als sich Rechte denken lassen, die einem Grundstücke zu dessen Vortheil an einem andern Grundstücke zustehen können (*h*). Die im Römischen Rechte ausdrücklich erwähnten und in den §§. 289 und 290 angeführten Prädial-Servituten sind daher nur als Beispiele solcher Servituten zu betrachten, wie sie am häufigsten vorkommen.

(*a*) §. 3. J. 2. 2. — fr. 1. D. 8. 1.
(*b*) So Ulpian in fr. 1. pr. D. 8 4 und fr. 198. D. 50. 16. Anders Neratius in fr. 4. § 1. D. 20. 2. Allein Ulpian's Ansicht wurde die herrschende. §. 1. J. 2. 3. Praedium rusticum ist so viel als fundus im engeren Sinne, und praedium urbanum so viel als aedificium. fr. 211. D. 50. 16. vergl. mit fr. 60. 198. ibid. A. M. Unterholzner Verjährungslehre B. 2. §. 191. S. aber v. d. Pfordten im Arch. für civ. Pr. B. 22. Nr. 2 im A. Unrichtig ist es auch, wenn man häufig behauptet, in fr. 3. D. 20. 2. nehme Ulpian die Ausdrücke in dem Sinne des Neratius.
(*c*) §. 1. J. 2. 3.
(*d*) fr. 2. D. 8. 2. vergl. mit fr. 2. §. 1. D. 8. 3. — fr. 11. §. 1. D. 6. 2. — fr. 14. §. 1. D. 8. 1. Wenn dieses geschieht, so nennt man die Servitut gewöhnlich eine irreguläre. Gegen diesen Sprachgebrauch ist v. Löhr in s. Mag. B. 3. (1.) S. 495 ff.
(*e*) Dagegen besonders: Puchta Instit. B. 2. §. 253. Pand. §. 183, 1. — C. Zachariä v. Lingenthal über die Unterscheidung zwischen servi utes rusticae und urbanae. Heidelb. 1844.
(*f*) Ueber den charakteristischen Unterschied zwischen diesen und jenen vergl. besonders: v. Vangerow Pand. B. 1. §. 339. — v. d. Pfordten im Arch. für civil. Prax. B. 22. Nr. 2. — Hoffmann §. 74. — Sintenis gem. Civilr. B. 1. §. 61. — Elvers §. 37—41. — Cohnfeldt die irreg. Servituten S. 81 ff.
(*g*) fr. 15. §. 1. D. 8. 1. S. oben §. 275. Note *b*. Diese Eintheilung bezieht sich auf alle Servituten; die Personalservituten gehören aber sämmtlich zu den affirmativen, während es Prädialservituten und namentlich servitutes urbanae von beiden Arten gibt. Ueber die Eintheilung in servitutes continuae und discontinuae s. unten §. 294.
(*h*) Z. B. fr. 3. §. 1. 2. D. 8. 3. — Elvers §. 15.

§. 289.

1. Servitutes praediorum urbanorum (*).

Als servitutes praediorum urbanorum kommen im Römischen Rechte hauptsächlich folgende vor: 1. Die servitus oneris ferendi, oder das Recht, unser Gebäude auf dem Gebäude, der Mauer oder der Säule des Nachbars ruhen zu lassen. Diese Servitut hat das Besondere, daß jeder Eigenthümer der dienenden Mauer dieselbe unterhalten und repariren muß, und zwar auf die Art, wie solches bei Bestellung der Servitut verabredet wurde, wenn aber Nichts besonders darüber festgesetzt worden ist, so muß er sie wenigstens in dem Zustande erhalten, wie sie zur Zeit der Bestellung der Servitut war (*a*). Es steht ihm jedoch frei, durch Dereliction der dienenden Mauer sich von der Last der Ausbesserung derselben zu befreien, nnd jedenfalls ist die Unterstützung des Gebäudes während der Reparatur der Mauer, auf welcher es ruht, Sache des Berechtigten (*b*). 2. Die servitus tigni immittendi, oder das Recht, Balken in die Wand des Nachbars einzulegen, um z. B. über dieselben einen verdeckten Spaziergang (porticus ambulatoria) anzulegen, oder auch blos zu mehrerer Befestigung unseres Gebäudes (*c*). Sind die Balken unbrauchbar

geworden, so kann der Berechtigte sie durch neue ersetzen; aber er ist nicht befugt, mehr Balken, als bisher, einzulegen (*d*). Die servitus projiciendi, oder das Recht, einen Ausbau, z. B. einen Erker, Balcon oder eine Gallerie, von unserm Hause aus in den Luftraum des Nachbars hineinzubauen. Blos eine Art davon ist die servitus protegendi, oder das Recht, an unserem Gebäude ein Wetterdach in den Luftraum des Nachbars hinein anzulegen (*e*). Diese Servituten beruhen auf dem Grundsatze, daß sich das Eigenthum eines Grundstücks auch auf den darüber befindlichen Luftraum erstreckt. 4. Die servitus stillicidii s. fluminis recipiendi s. avertendi s. immittendi. Stillicidium ist die Dachtraufe oder der Tropfenfall, flumen das in Dachrinnen gesammelte und herabfließende Regenwasser. Die genannte Servitut besteht nun entweder in dem Rechte, das Regenwasser von unserm Hause auf das Haus oder Grundstück des Nachbars wegzuleiten (*f*), oder in dem Rechte, das Regenwasser von des Nachbars Hause in unser Haus oder auf unser Grundstück zum Behuf der Reinigung oder Bewässerung desselben herzuleiten (*g*). Aber auch die Befreiung von einer bisherigen Servitut dieser Art wurde bei den Römern wieder als ein besonderes servitutähnliches Recht betrachtet und hieß das ius stillicidii s. fluminis non recipiendi (*h*). 5. Die servitus altius non tollendi, welche darin besteht, daß man sein Haus zum Vortheil des benachbarten Hauses nicht höher, als es eben ist, oder doch nicht über eine bestimmte Höhe hinaus bauen darf (*i*). War man einmal in dieser Hinsicht beschränkt und erlangte darauf von dem Nachbar das Recht, höher bauen zu dürfen, so hieß dieß bei den Römern das ius altius tollendi (*k*). 6. Die servitus luminum und ne luminibus officiatur, sowie die servitus de prospectu und ne prospectui officiatur. Lumina sind Fenster oder Oeffnungen, um Licht für unser Gebäude zu erhalten, oder überhaupt das Licht, welches unser Gebäude hat oder bedarf, prospectus ist Aussicht (*l*). Die servitus luminum s. luminis excipiendi s. immittendi oder fenestrae aperiendae (*m*) ist nun das Recht, in einer fremden oder gemeinschaftlichen Wand Fenster oder andere Oeffnungen, um Licht für unser Gebäude zu erhalten, anlegen zu dürfen (*n*), oder auch wohl in unserer eigenen Wand nach des Nachbars Grundstück hinaus, wenn uns dies sonst nach particulären gesetzlichen Bestimmungen nicht erlaubt sein würde (*o*). Die servitus ne luminibus officiatur besteht darin, daß der Nachbar unserm Gebäude das Licht durch Bauen, Anpflanzungen oder andere Vorrichtungen nicht entziehen darf. Ob er dabei unserm Gebäude blos das nothwendige Licht, oder alles Licht, welches dasselbe hat, lassen muß, hängt davon ab, wie die Servitut bestellt oder erworben ist (*p*). Die servitus de prospectu oder ne prospectui officiatur (denn zwischen beiden ist kein Unterschied) besteht darin, daß der Nachbar uns die Aussicht, welche wir von unserm Hause oder Grundstücke haben, nicht verbauen oder durch andere Vorrichtungen entziehen darf (*q*). Die Befreiung von einer bisherigen servitus ne luminibus aut prospectui officiatur heißt dann wieder ius luminibus aut prospectui officiendi (*r*). 7. Die servitus sterculinii, oder das Recht, an unserm Gebäude nach dem Grundstücke oder dem Hause des Nachbars zu eine Mistgrube oder etwas dem Aehnliches anzulegen (*s*). 8. Die servitus cloacae mittendae, oder das Recht, einen Abzugskanal durch das Haus oder über das Grundstück des Nachbars zu leiten (*t*). 9. Die servitus fumi immittendi s. cuniculi balneari habendi, oder das Recht, einen besonders beschwerlichen Rauch oder andere unangenehme Dünste durch den Rauchfang oder nach dem Grundstücke des Nachbars abzuleiten (*u*).

(*) Glück Comm. Th. 10. §. 667—673. — Göschen Grundr. zu Pand.-Vorl. S. 141—143. Dessen Vorles. B. 2. §. 300—302

(*a*) fr. 6. §. 2. 5. 7. fr. 7. D. 8. 5. — fr. 33. D. 8. 2. Diese Eigenthümlichkeit der servitus oneris ferendi hat man auf sehr verschiedene Weise zu erklären versucht. Weber zu Höpfner §. 357. Note *c*. — Glück Comm. Th. 10. §. 661. — KONOPAK de duobus fragmentis ad servitutem oneris ferendi spectantibus Jenae 1822. — STEVER de servit. praed. c. 3. §. 12. 13. — Mühlenbruch Cession §. 2. Note 17 (3. Ausg. Note 19) und weiter ausgeführt im Arch. für civ. Pr. B. 14. S. 321. — Puchta Pand. §. 184. Note *c*. — Elvers §. 6. — Böcking Inst. §. 160, Note 15. — v. Keller Pand. §. 169, II.

(*b*) fr. 6. §. 2. in fin. fr. 8. pr. D. 8. 5.

(*c*) fr. 8. §. 1. 2. D. 8. 5. — fr. 242. §. 1. D. 50. 16.

(*d*) fr. 14. pr. D. 8. 5. vergl. mit fr. 11. pr. in fin. D. 8. 6.

(*e*) fr. 2. D. 8. 2. — fr. 242. §. 1. D. 50. 16. — fr. 29. §. 1. D. 9. 2.

(*f*) §. 1. J. 2. 3. — fr. 2. fr. 17. §. 3. fr. 20. §. 3—6. D. 8. 2 — fr. 8. pr. D. 8. 6. — fr. 16 D. 8. 5.

(*g*) Viele halten dieß für eine servitus stillicidii non recipiendi. VINNIUS in comm. ad §. 1. J. 2. 3 und ad §. 2. J. 4. 6 — Glück Th. 10. S. 125. — Th. M. Zachariä Institutionen S. 317. — Schilling Bemerk. über Röm. RG. S. 148. Allein man sehe fr. 28. D. 8. 2.

(*h*) So stellt wenigstens THEOPHILUS ad §. 1. J. 2. 3 selbst die Sache dar. Es ist zwar nicht zu verkennen, daß diese Erklärung dem strengen Begriff von Servitut als Beschränkung der natürlichen Freiheit des Eigenthums widerstreitet, und daher sagt auch schon SCHULTING in iurispr. Antejust. ad Cajum Lib 2. tit. 1. not. 29 von dem ius stillicidii non recipiendi: „quod non sit nova servitus, sed res ad naturalem tantum redit libertatem." Allein es scheint, daß die Römer bei den servitutes praediorum urbanorum nicht blos die Beschränkung des Eigenthums selbst, sondern auch das durch Aufhebung der bisherigen Servitut wiedergewonnene Recht der natürlichen Freiheit des Eigenthums, ebenfalls als Servitut, oder doch wenigstens als ein servitutähnliches Recht betrachtet haben. So erklärt sich nicht nur das ius stillicidii non recipiendi im Sinne des Theophilus, sondern auch das ius altius tollendi und luminibus officiendi. fr. 2. 21. 32. pr. D. 8. 2. — fr. 26. pr. D. 44. 2. — fr. 2. pr. D. 8. 3. So Mackeldey; s. aber auch Note *k*.

(*i*) § 1. J. 2. 3. — fr. 2. fr. 11. §. 1. fr. 12. 21. 32. pr. D. 8. 2. — fr. 7. §. 1. fr. 16. D. 8. 4. — const. 8. 9. C. 3. 34.

(*k*) S. Note *h* und die a. E. derselben angef. Stellen, auch Hugo RG. S. 504 und Löhr in s. Mag. B. 3. S. 126. Dieser Meinung ist auch schon CUJACIUS in not. poster. ad §. 2. J. 4 6. Bestritten wird dagegen die Not. *h* vorgetragene Ansicht von Schilling Bemerk über Römische RG. S. 144 ff. S. auch noch: Unterholzner Verjährungslehre B. 2. S. 118. 119. 127. 128. — GER. JO. VAN OSTENDORP Diss. de iure altius tollendi, Lovan. 1830. So weit der Verfasser. Der jetzige Herausgeber tritt der Ansicht desselben bei, so weit sie sich auf den Sprachgebrauch der Römer bezieht, und läßt das Nämliche auch da gelten, wo es sich nicht um das durch Aufhebung der bisherigen Servitut wiedergewonnene, sondern um das nie verloren gegangene Recht der natürlichen Freiheit handelt. Jedoch sieht er diese Bedeutung von ius altius tollendi nicht als die einzige an, sondern findet namentlich in fr. 7. pr. D. 8. 5 ein Recht dieses Namens erwähnt, welches als Bestandtheil einer wahren Servitut zu betrachten ist. Vergl. fr. 8. ibid. und fr. 24. D. 8. 2. Ueber die Art, wie die auf das ius altius tollendi sich beziehenden actiones in rem in §. 2. J. 4. 6. erwähnt werden, s. auch unten § 293. Gegen die Ansicht, daß auch Rechtssätze, die sonst nur von eigentlichen Servituten gelten, auf die wiedererlangte Freiheit von servitutes praediorum urbanorum ausgedehnt seien, s. auch Fritz Erläut. B. 1. H. 2. S. 357 ff. Dafür: v. Vangerow Pand. §. 342. Anm. 2. S. noch: Puchta Pand. §. 184 am E. — v. Scheurl in der Zeitschr. f. geschichtl. RW. B. 12. S. 255 ff. — Sintenis d. prakt. gem. Civilr. §. 62 am E. — Arndts Pand. §. 185. Anm. 6. — Elvers §. 39. — Böcking Instit. §. 171, Note 60 ff. — Witte in Linde's Zeitschr. n. F. B. 13. S. 396 ff. — v. Keller Pand. §. 172.

(*l*) fr. 16. D. 8. 2.

(*m*) Daß dieß Alles einerlei ist, ergibt sich aus der Vergleichung von fr. 4. 23. pr. fr. 40. D. 8. 2. vergl. mit fr. 13. § 7. D. 7. 1, und const. 12. §. 2. C. 8 10.

(*n*) S. die in der vorigen Note angef. Stellen. Die Meinungen darüber, was diese Servitut bei den Römern eigentlich war, sind übrigens sehr verschieden. Feuerbach in s. civil. Vers. B. 1. Nr. 1 hält sie nicht sowohl für eine Licht- als vielmehr für eine Schattendienstbarkeit, oder das Recht auf den Schatten, den des Nachbars Haus oder Wand unserem Grundstücke gewährt, so daß dieser das Haus oder die Wand nicht niederreißen darf. S. dagegen: Dabelow über die servitus luminum der Römer. Halle 1804. Dagegen aber wieder: J. E Paehlig Diss. in qua Feuerbachii de luminum servitute sententia contra Dabelowium defenditur. Gröning. 1811. — K. F. D. Moser in s. Beitr. zur Röm. Gesetzkunde, Stuttgart 1815, S. 1 denkt sich darunter sogar eine Reflexdienstbarkeit, in deren Gefolge der Nachbar sich die von der weißen Wand unseres Hauses auf seine Fenster reflectirenden Sonnenstrahlen gefallen lassen muß! (S. darüber Leipz. Lit.-Zeit. 1816. Nr. 169.) Noch andere bemerkenswerthe Schriften über diese Servituten sind: L F. Griesinger de servitute luminum et ne luminibus officiatur. Lips. 1819. — K. L. Goldschmidt im Arch. f. civ. Praxis. B. 5. S. 422, welchem v. Wening-Ingenheim gem. Civilr. §. 149 (B. 2. §. 82) beistimmt. — H. C. A. Eichstaedt Pr. I. II. de servitute luminum et ne luminibus officiatur ad explicandum Ciceronis locum de orat. 1. 39. Jen. 1820. — M. G. J. Fiess Diss. de servitute luminum et ne luminibus officiatur. Leodii 1824. — Luden die Lehre von den Servituten §. 24. — Fahne das Fenster- und Lichtrecht nach röm., gemeinem deutschem, preuß. und franz. R. Berl. 1835. §. 2—7. — v. Reinhardt Ergänz. zu Glück B. 3. S. 283 ff. — E. Hoffmann die Lehre v. d. Serv. B. 1. S. 105 ff. Näheres über die meisten der aufgestellten Ansichten bei v. Vangerow Pand. §. 342. Anm. 1, welcher sich mit den meisten Schriftstellern für die im Texte ausgesprochene Ansicht erklärt. Vergl. jetzt auch Elvers S. 444 ff.

(*o*) const 12. §. 3. C. 8. 10. — Gesterding Nachforsch. Th. 3. S. 453.

(*p*) fr. 4 11. pr. fr. 15. fr. 17. pr. §. 1. fr. 22. 23. pr. fr. 31. D. 8. 2. — fr. 16. D. 8. 4. — fr. 15. D. 8. 5., besonders auch fr. 10. D. 8. 2. vergl. mit fr. 30. D. 7. 1.

(*q*) fr. 3. 12. 15. D. 8. 2. — §. 2. J. 4. 6. — fr. 5. pr. D. 39. 1. Auch über diese Servituten sind die Ansichten, besonders der neueren Schriftsteller, sehr verschieden. Man s. die vorhin Note *n* angeführten Schriften. — Glücklicherweise kommt heut zu Tage bei solchen Servituten, die auf Licht und Aussicht gehen, in practischer Hinsicht nichts mehr auf den Römischen Namen, sondern Alles darauf an, wie, wozu und in welcher Ausdehnung eine Servitut dieser Art bestellt oder erworben worden ist.

(*r*) fr. 2. D. 8. 2. Und nicht minder die nie beschränkt gewesene Freiheit des Eigenthümers in dieser Hinsicht.

(*s*) fr. 17. §. 2. D. 8. 5. — Gesterding in Elvers allg. jur. Zeit. 1829. Nr. 27. 28, und in s. Nachforsch. Th. 3. S 398.

(*t*) fr. 7. D. 8. 1. — fr. 2. pr. D. 8. 3.

(*u*) fr. 8. §. 5—7. D. 8. 5. — Spangenberg im Arch. f. civ. Pr. B. 9. S. 265. — G. L. Funke Beitr. zur Erört. pract. Rechtsmaterien. Chemnitz 1830. S. 149. — Gesterding Nachforsch. Th. 3. S. 398.

§. 290.

2. Servitutes praediorum rusticorum (*).

Als servitutes praediorum rusticorum kommen im Römischen Rechte besonders folgende vor: 1. Die Wegegerechtigkeiten zu Lande und zu Wasser (**), namentlich: a) die servitis itineris. Diese gab bei den Römern die Befugniß, über des Andern Grundstück zu gehen, zu reiten und sich in einer Sänfte tragen zu lassen (*a*). b) Die servitus actus. Diese gewährte, außer den schon im iter enthaltenen Befugnissen, auch noch das Recht, über das dienende Grundstück Vieh zu treiben und darüber zu fahren (*b*). c) Die servitus viae. Diese umfaßte nicht nur Alles, was im iter und actus enthalten war, sondern gab zugleich auch das Recht, Steine und Bauholz auf dem Wege zu schleifen (*c*). War über die Breite des Weges nichts Besonderes festgesetzt, so sollte er nach gesetzlicher Bestimmung in gerader Richtung (in porrectum)

acht Fuß, da aber, wo umgekehrt wird (in anfractum), sechzehn Fuß halten (*d*). Jede Wegeservitut kann nun zwar ausdrücklich so bestellt werden, daß es dem Berechtigten erlaubt sein soll, den Weg in jeder Richtung über das dienende Grundstück zu nehmen und damit nach Gutdünken zu wechseln (*e*); wenn dies aber nicht geschehen ist, so ist der Berechtigte auf eine bestimmte Richtung beschränkt, und diese kann alsdann gleich bei der Bestellung der Servitut festgesetzt worden sein, oder sie muß, wenn dieses nicht geschehen ist und beide Theile sich nicht darüber vereinbaren können, vom Richter mit Rücksicht auf die Localität und das Interesse beider Theile nach Billigkeit bestimmt werden (*f*). Bei uns kommt es übrigens bei Bestimmung des Begriffs und des Umfangs der verschiedenen Wegegerechtigkeiten nicht sowohl auf die Römischen Namen und Grundsätze bei den einzelnen derselben, als vielmehr darauf an, wie, wo und wozu sie bestellt oder erworben worden sind (*g*). Doch gilt natürlich auch heut zu Tage die Römische Rechtsregel, daß in dem Mehreren das Wenigere stillschweigend enthalten ist (*h*), wenn nicht etwas Anderes ausdrücklich festgesetzt wurde (*i*). d) Die servitus navigandi, oder das Recht, den See eines Andern zu durchschiffen, um zu unserm Grundstücke zu gelangen (*k*). 2. Die Hut- und Weidegerechtigkeit (servitus pascendi s. pascui), oder das Recht, unser Vieh auf einem fremden Grunde zu weiden (*l*). Diese Servitut begreift den actus, in so weit er eine nothwendige Bedingung ihrer Ausübung ist, stillschweigend in sich (*m*). Ihr Umfang richtet sich sowohl in Ansehung der Zeit ihrer Ausübung, als auch der Art und der Zahl des aufzutreibenden Viehes zunächst darnach, was darüber bei ihrer Bestellung festgesetzt worden ist. Wenn aber a) in Ansehung der Zeit nichts Näheres bestimmt worden ist, so darf sie nur bei offenen Feldern und Wiesen, d. h. nach Einärntung der Früchte und Abmähung der Wiesen, ausgeübt werden (*n*). b) Ist die Art des Viehes nicht bestimmt, so kann zwar jede Art desselben aufgetrieben werden, für welches sich die Weideplätze schicken, aber nur nicht solches, wodurch diesen ein ungewöhnlicher Schaden zugefügt werden würde (*o*). c) Ist die Zahl des Viehes nicht bestimmt, so darf zwar alles, aber auch nur dasjenige Vieh aufgetrieben werden, welches wirklich zu dem herrschende Gute gehört und auf demselben mit dem darauf gewonnenen Futter durchgewintert werden kann (*p*). d) Endlich hat der Eigenthümer des dienenden Grundstücks, wenn nicht ausdrücklich das Gegentheil festgesetzt worden ist, das Recht der Mithut (s. g. ius compascendi) (*q*). Wenn alsdann die Weide auf dem dienenden Grundstücke für das Vieh von beiden Gütern nicht hinreichend ist, oder aufhört, es zu sein, so kann der Eigenthümer des herrschenden Grundstücks, wenn die Zahl des von diesem aufzutreibenden Viehes bestimmt ist, diese auftreiben, wenn auch von der Weide für das Vieh des dienenden Grundstücks nichts übrig bleiben sollte. Ist dagegen die Zahl nicht bestimmt, so muß der Richter nach dem Verhältnisse des Viehstandes beider Güter die Zahl des von jedem aufzutreibenden Viehes bestimmen (*r*). 3. Die Servituten, welche sich auf Leitung und Benutzung des Wassers beziehen. Dahin gehört: a) der aquaeductus oder die servitus aquae ducendae, d. i. die Wasserleitungsgerechtigkeit, oder das Recht, aus einem fremden Grundstücke oder wenigstens durch dasselbe, sei es unter, auf oder über der Erde, Wasser nach unserm Grundstücke zu leiten (*s*). In der Regel darf der Berechtigte das Wasser nur in Röhren, nicht auch in steinernen Canälen (*t*), und muß es in einer bestimmten Richtung leiten (*u*). Uebrigens kann die Servitut auf aqua quotidiana gehen, wo als-

dann die Benutzung des Wassers an keine Jahreszeit gebunden ist, oder nur auf aqua aestiva, wo sie auf den Sommer beschränkt ist (*v*). b) Der aquaehaustus oder die servitus aquae hauriendae, d. i. das Recht, aus der Quelle oder dem Brunnen eines Andern Wasser zu schöpfen, wobei sich das iter, insoweit es zur Ausübung der Servitut nothwendig ist, von selbst versteht (*w*). c) Die servitus pecoris ad aquam appulsus, oder das Recht, unser Vieh auf das dienende Grundstück zur Tränke zu führen, womit zugleich der actus, insoweit er dazu nöthig, verbunden ist (*x*). d) Die servitus aquae educendae s. immittendae, oder das Recht, Wasser aus unserm Grundstücke auf ein fremdes abzuleiten (*y*). 4. Noch verschiedene andere Servituten, z. B. das Recht, in dem Walde eines Andern Holz zu fällen; das Recht, die Früchte unseres Grundstücks in einem Gebäude des Nachbars unterzubringen und aufzubewahren; das Recht, bei Benutzung unseres Steinbruchs Erde, Gerölle und Felsstücke auf des Nachbars Grundstück zu werfen und bis zur Fortschaffung darauf liegen zu lassen; das Recht, zur Ausübung der Viehhut eine Hütte auf dem Grundstücke des Andern zu haben (*z*); endlich auch noch das ius cretae eximendae, calcis coquendae, lapidis eximendi, arenae fodiendae und ähnliche (*zz*), welche sich schon durch ihre Namen erklären.

(*) Glück Comm. Th. 10. §. 674–683.
(**) Ueber die Wegegerechtigkeiten des Röm. Rechts sehe man noch insbesondere: FRID. AUG. BIENER Diss. de differentiis itineris, actus et viae genuinis. Lips. 1804. — Seuffert Erört. II. S. 56 und die Vorrede. — Gensler im Arch. f. civ. Prax. B. 4. S. 244. — G. F. Puchta civ. Abhandl. Nr. 3. — Kritz exeget.-prakt. Abh. über Materien des Civilrechts Nr. 1. 2. — Göschen Grundr. zu Pand.-Vorles. S. 147. — Dessen Vorl. §. 303. — v. Vangerow Pand. §. 341. — Sintenis gem. Civilr. §. 63, I.
(*a*) pr. J. 2. 3. — fr. 1. pr. fr. 7. pr. fr. 12. D. 8. 3.
(*b*) S. außer den eben angeführten Stellen auch noch fr. 4. §. 1. fr. 13. D. 8. 1. — fr. 2. D. 8. 6.
(*c*) fr. 1. pr. fr. 7. pr. D. 8. 3.
(*d*) fr. 8. fr. 13. §. 2. 3. fr. 23. pr. D. 8. 3. — fr. 6. in fin. D. 8. 6. S. auch: VARRO de ling. lat. 6. 2 und Hugo RG. S. 190.
(*e*) fr. 13. §. 1. D. 8. 3. — fr. 6. §. 1. D. 8. 6.
(*f*) fr. 13. §. 1. 3. D. 8. 3. — fr. 9. D. 8. 1. Wenn indeß die Constituirung der Wegegerechtigkeit durch Vermächtniß angeordnet worden ist, ohne daß der Testator die Richtung des Weges bestimmt hätte, so ist der Erbe berechtigt, dieselbe, wie er will, zu bestimmen; nur darf der Legatar dadurch nicht zu sehr beeinträchtigt werden. fr. 26. D. 8. 3. Ursprünglich bezog sich diese Stelle auf das legatum per damnationem
(*g*) Sommer im Arch. für civ. Prax. B. 3. Nr. 20.
(*h*) fr. 21. fr. 110. pr. D. 50. 17. — pr. J. 2. 3. — fr. 1. pr. fr. 7. pr. D. 8. 3.
(*i*) fr. 4. §. 1. D. 8. 5. — fr. 1. D. 34. 4.
(*k*) fr. 23. §. 1. D. 8. 3.
(*l*) §. 2. J. 2. 3. — fr. 1. §. 1. fr. 3. pr. fr 4. fr. 6. §. 1. D. 8. 3. — FRID. SAM. KAEMPFE (Pr. CHR. CAR. STUEBEL) Diss. de servitute pascendi. Vitemb. 1791. — Ge. Wilhelm Strampfer vom Hutrechte. Erlang. 1798. — C. E. Münter vom Weiderechte. Hannover 1804. — Hagemann's Landwirthschaftsrecht. Hannover 1807. §. 290–316. — CHR. GOTTL. BIENER quæst. cap. I–VIII. X. XI. XIII. XIV. XX. XLVII. XLIII. de iure pascendi, et in ejusd. opusc. ed. FRID. AUG. BIENER. Vol. II. nr. 15. 16. 17. 19. 21. 26. 42. — Seuffert Beitrag zur Lehre vom Weiderechte. Würzb. 1822.
(*m*) arg. fr. 3. §. 3. D. 8. 3.
(*n*) arg. fr. 9. D. 8. 1. „civiliter modo," und fr. 13. in fin. D. 8. 4. — Besonders KIND quæst. for. Ed. I. T. 2. c. 58. Ed. II. T. 2. c. 37.
(*o*) LAUTERBACH coll. Pand. Lib. 8. tit. 3. §. 10. — KIND (Ed. I.) T. 4. c. 64.

(*p*) Der Grund ist, weil keine Prädial-Servitut über das Bedürfniß des herrschenden Guts ausgeübt werden darf. (S. oben §. 287. Nr. 5.) fr. 3. pr. verb. mit fr. 5. in fin. D. 8. 3. S. auch Woltär in Klein's Rechtsspr. B. 3. Nr. 3. — Kind Ed. I. T. 4. c. 65. Ed. II. T. 2. c. 15. 38. 44.

(*q*) arg. fr. 13. §. 1. in fin. D. 8. 4. — const. 6. C. 3. 34. Von dem s. gen. ius compascendi ist das jetzt s. g. ius compascui verschieden, worunter man dasjenige Weiderecht versteht, welches sich mehrere Eigenthümer einander auf ihren Grundstücken gegenseitig eingeräumt haben, oder die s. g. Koppelweide, die indeß nicht immer als Servitut, sondern oft nur als Precarium vorkommt. Hagemann Landwirthschaftsr. §. 300—304.

(*r*) Kind Ed. I. T. 1. c. 48. T. 4. c. 66. Ed. II. T. 2. c. 33. — Hagemann §. 301.

(*s*) pr. J. 2. 3. — fr. 1. pr. fr. 9. D. 8. 3. — fr. 14. §. 2. D. 8. 1. — fr. 4. D. 43. 20. — Cod. 11. 42. — Car. Gfr. Winckler Diss. de iure impetratæ aquæ. Lips. 1749. et in eiusd. opusc. minor. Vol. II. P. 1. p. 1. — G. G. Hermann Diss. de servitute aquaeductus. Lips. 1803. — Zum Theil gehören hierher auch die oben §. 267, Note *c* angef. Schriften über das Wasserrecht.

(*t*) fr. 17. §. 1. D. 39. 3.

(*u*) Darüber, wie die Richtung zu bestimmen ist, gelten dieselben Grundsätze, wie bei Wegegerechtigkeiten. fr. 9. in fin. D. 8. 1. — fr. 21. 22. 26. D. 8. 3. — fr. 8. D. 3. 20.

(*v*) fr. 1. §. 2. 3. D. 43. 20. Außerdem kann die Benutzung des Wassers auch noch nach Tagen und Stunden, oder dem Maße nach beschränkt sein. fr. 2. fr. 5. pr. D. ibid. — fr. 2. §. 1. 2. D. 8. 3.

(*w*) §. 2. J. 2. 3. — fr. 1. §. 1. fr. 3. §. 3. fr. 9. D. 8. 3. — Car. Frid. Walch Diss. de aquae hauriendae servitute. Jen. 1754.

(*x*) S. außer den eben Note *w* angef. Stellen auch noch fr. 4. fr. 6. §. 1. D. 8. 3.

(*y*) fr. 29. D. 8. 3. — fr. 8. §. 5. D. 8. 5.

(*z*) fr. 6. §. 1. D. 8. 3. — fr. 3. §. 1. 2. D. ibid. — fr. 6. in fin. D. ibid.

(*zz*) §. 2. J. 2. 3. — fr. 1. §. 1. fr. 5. §. 1. fr. 6. D. 8. 3.

Dritter Titel.

Von dem Besitze, der Entstehung und der Aufhebung der Servituten.

§. 291. a.

I. Von dem Quasibesitze der Servituten.

Die Servituten sind nach Römischem Rechte ein Gegenstand der iuris quasipossessio (§. 218), und zwar der einzige, bei welchem dieses nicht bestritten ist. A. Zur Erwerbung des Besitzes einer Servitut (*a*) gehört Ausübung derselben mit dem animus quasi possidendi (§. 224). Dazu ist 1. bei persönlichen Servituten in der Regel Detention der dienenden Sache erforderlich (*b*); 2. bei Prädial-Servituten: a) juristischer Besitz des herrschenden Grundstückes und b) außerdem α) wenn sie wiederkehrende Handlungen gestatten, die Vornahme einer solchen Handlung (*c*); β) wenn es affirmative Servituten sind, welche auf einen dauernden Zustand der beiden benachbarten Liegenschaften gehen, die Existenz dieses Zustandes (*d*); und γ) bei negativen Servituten entweder ein Vertrag, wonach die Servitut bestehen soll, oder ein befolgtes Verbot desjenigen, was vermöge der Servitut verboten werden darf. B. Verloren geht der Besitz einer Servitut (*e*) durch den erklärten animus non possidendi und dadurch, daß die Ausübung unmöglich wird. Das Letztere geschieht namentlich bei Personal-Servituten durch Verlust der Detention (*f*) und bei Prädial-Servituten durch völlige Aufhebung des Zustandes der benachbarten Liegenschaften, auf welchen sie gehen, durch Herstellung des Zustandes,

den man vermöge der Servituten nicht zu dulden braucht, und wenn sie auf wiederkehrende Handlungen gehen, durch Hindernisse, die diesen in den Weg gelegt werden (*g*).

(*a*) v. Savigny §. 45.
(*b*) fr. 3. pr. D. 7. 1.
(*c*) Natürlich in der Absicht, ein Recht auszuüben. fr. 7. D. 43. 19. — fr. 25. D. 8. 6.
(*d*) fr. 20. pr. D. 8. 2. Vergl. fr. 8. §. 3. D. 8. 5.
(*e*) v. Savigny §. 46.
(*f*) Ueber Fälle, in welchen man die Detention einem Anderen überträgt, vergl. fr. 12. §. 2. D. 7. 1. mit fr. 29. pr. §. 1. D. 7. 4.
(*g*) fr. 6. fr. 20. pr. D. 8. 2.

§. 291. b.

II. Von der Entstehung der Servituten. A. Wer kann eine Servitut bestellen?

Da die Servituten ihrem Inhalte nach Bestandtheile des Eigenthums sind, welche einem Anderen als dem Eigenthümer als selbstständige Rechte zustehen (*a*), so folgt: 1. daß der Strenge nach nur der wahre Eigenthümer der Sache dieselbe mit einer Servitut belasten kann (*aa*). Wird diese also von einem Nicht-Eigenthümer bestellt, so erwirbt derjenige, welchem sie factisch eingeräumt wird, dadurch nicht das ius servitutis selbst, sondern nur die iuris quasi possessio (*b*). 2. Wer nur widerrufliches Eigenthum an der Sache hat, kann dieselbe auch nur für die Dauer seines Rechts mit Servituten beschweren (*bb*). 3. Ein Miteigenthümer kann die gemeinschaftliche Sache für sich allein nicht mit einer untheilbaren Servitut, z. B. mit einer Prädial-Servitut, belasten (*c*). 4. Wenn der Eigenthümer der Sache nur die bloße Proprietät hat, weil einem Anderen der Ususfructus daran zusteht, so kann er zwar die Sache immer noch für sich allein mit solchen Servituten beschweren, welche dem Usufructuar nicht schaden, aber er kann nicht, selbst nicht mit Einwilligung des Letzteren, noch solche Servituten auf die Sache legen, wodurch der Ususfructus beschränkt werden würde (*d*). 5. Der Emphyteuta und Superficiar (§. 296, Note *a*) kann zwar ohne Einwilligung des dominus Servituten an der Sache bestellen, dieselben werden aber nur durch utiles actiones und exceptiones geschützt, und erlöschen, sobald das superficiarische oder emphyteutische Recht wegen seiner beschränkten Natur aufhört (*e*).

(*a*) Durch die Entstehung einer Servitut werden die Rechte des Eigenthümers vermindert. Jedoch verliert dieser nicht gerade die Rechte, welche der Servitutberechtigte erlangt, sondern nur so viel von seinen Rechten, als mit der Servitut unverträglich ist. Es ist daher nicht ganz richtig, wenn man häufig sagt, die Servituten seien von dem Eigenthum abgelöste und einem Anderen übertragene Rechte. S. über diesen Punkt Arndts in Linde's Zeitschr. n. F. B. 3. S. 250 ff. Mehr oder weniger anderer Meinung sind namentlich: Büchel civilrechtl. Erört. B. 1. Nr. 3. S. 8 ff. — v. Vangerow Pand. §. 338. Anm. 1. — v. Scheurl in der Zeitschr. f. gesch. RW. B. 12. S. 242 ff. Vergl. jetzt auch: Elvers §. 5 und dazu Kuntze S. 237 ff. — Dernburg Pfandr. B. 1. S. 125 ff.
(*aa*) fr. 6. pr. in f. fr. 8. D. 8. 4.
(*b*) Vergl. oben §. 218, 224, Nr. 2., §. 255, Note *a* und unten §. 294. Ueber die zuweilen stattfindende Publiciana actio s. unten §. 293, C. und über eine andere Ausnahme von der Regel des strengen Rechtes diesen §. unter Nr. 5.
(*bb*) fr. 11. §. 1. D. 8. 6. — fr. 105. D. 35. 1 wegen der Regel: resoluto iure concedentis, resolvitur ius concessum. S. oben §. 242.
(*c*) fr. 2 D. 8. 1. — fr. 11. 34. pr. D. 8. 3. — fr. 6. §. 1—3. fr. 18. D. 8. 4. Huschke in Linde's und Marezoll's Zeitschr. n. F. B. 4. S. 305 ff. Nur einen usus fructus kann der Miteigenthümer an seinem idealen Antheile Jemanden einräumen. fr. 10. D. 7. 9.

(*d*) fr. 15 §. 7. fr. 16. D. 7. 1. — „Proprietatis dominus ne quidem consentiente fructuario servitutem imponere potest: nisi qua deterior fructuarii conditio non fiat: veluti si talem servitutem vicino concesserit, ius sibi non esse altius tollere." Ueber die verschiedenen Erklärungen dieser Stelle und über die Frage, ob sie noch buchstäblich gilt, s. man: Glück Comm. Th. 9. S. 42 ff. — J. M. Baumann Diss. de servitute a proprietatis domino fundo fructuario imposita. Lips. 1789. — Schöman Handb. des Civilrechts B 1. S. 383. — Zachariae in Hugo's civ. Mag. B. 2. S. 348. — S. Schnelle Diss. de probabili interpretatione legg. 15. 16. et 17. pr. D. de usufructu. Rostoch. 1825. (Darüber: Hepp in der Tüb. krit. Zeitschr. für RW. B. 4. S. 58 und Zimmern in Schunck Jahrb. B. 4. S. 179.) — F. A. Schilling Pr. de nonnullis causis cur ICti Rom reprehendendi videantur, p. 9. seqq. — v. Vangerow Pand. §. 338. Anm. 2, Nr. 3. — Th. Marezoll Pr. quo explicantur Ulpiani et Pauli verba in fr. 15. §. ult. fr. 16. et 17. D. 7. 1. Lips. 1839. (Richter's und Schneider's krit. Jahrb. Jahrg. 4. S. 166.) — Ed. Zachariä v. Lingenthal in der Zeitschrift für geschichtl. RW. B. 14. S. 133. — Arndts Pand. B. 1. §. 179, Anm. 4. — Böcking Instit. §. 164, Note 22. — Elvers S. 259.

(*e*) fr. 1. pr. D. 7. 4. — fr. 1. §. 9. D. 43. 18. S. auch unten §. 296, Note *e*. Dieß gilt nach Deutschen Rechten auch vom Vasallen. II. Fr. 8. pr.

§. 291. c.

B. Wer kann eine Servitut erwerben?

Eine Personal-Servitut kann 1. Jeder erwerben, welcher überhaupt erwerbsfähig ist, eine Prädial-Servitut aber nur der wahre Eigenthümer des Grundstückes, weil sie als Accession desselben zu betrachten ist (*a*). 2. Wer blos die Proprietät einer Sache hat, kann zwar für dieselbe, auch ohne Einwilligung des Usufructuars, eine Servitut erwerben, den Vortheil davon hat aber, so lange der Niesbrauch dauert, der Usufructuar (*b*). 3. Ein Miteigenthümer kann für sich allein dem gemeinschaftlichen Grundstücke keine Servitut erwerben, eben weil er nicht Eigenthümer des ganzen Grundstückes, die Servitut aber untheilbar ist, also nicht pro parte erworben werden kann (*c*). Endlich kann auch 4. der Eigenthümer eines Grundstückes sich eine Servitut nicht zugleich für sich selbst und seinen Nachbarn bestellen lassen, sondern er erwirbt sie in diesem Falle blos für sich (*d*).

(*a*) §. 3. J. 2. 3. — fr. 1. §. 1. D. 8. 4. Wer also blos bonae fidei possessor des Grundstückes ist, erwirbt auch an der ihm für dasselbe eingeräumten Servitut nur bonae fidei possessio.

(*b*) fr. 15. §. 7. D. 7. 1. — fr. 1. pr. fr. 5. §. 1. D. 7. 6.

(*c*) fr. 19. 34. pr. D. 8. 3. — fr. 5. fr. 6. §. 1—3. fr. 18. D. 8. 4. — fr. 8. §. 1. D. 8. 1. — fr. 30. §. 1. D. 8. 2. S. auch Huschke's im §. 291, b. Note *c* citirte Abhandlung.

(*d*) fr. 5. fr. 6. pr. in f. fr. 8. D. 8. 4.

§. 291. d.

C. Wie werden Servituten erworben?

Servituten können erworben werden: 1. Durch Vertrag. Dieser war nach altem Civilrechte in die Form der in iure cessio einzukleiden, deren Stelle bei servitutes rusticae (*a*) auch die mancipatio vertreten konnte (*b*). Bei Provincial-Grundstücken waren diese Acte unzulässig, und es konnten überhaupt civilrechtliche Servituten an denselben gar nicht vorkommen. Hier wurden daher als Surrogate pactiones et stipulationes angewendet (*c*), die von den klassischen Juristen auch ohne bestimmte Beziehung auf Provinzial-Grundstücke

öfter erwähnt werden (*d*). Auch wurde der quasi traditio servitutis die tuitio Prætoris zu Theil (*e*). Im Justinianeischen Rechte fällt die in iure cessio und die mancipatio in Beziehung auf Servituten wie überall hinweg (*f*), es gilt aber auch von Servituten an Provincial-Grundstücken nichts Besonderes mehr. Zur Bestellung einer negativen Servitut genügt hier ohne Zweifel der bloße Vertrag (*g*). Ob aber auch bei affirmativen Servituten der bloße Vertrag hinreichend sei, um das ius servitutis und damit die dingliche Klage wegen derselben zu begründen, oder ob dazu auch quasi traditio der Servitut oder Ausübung derselben patientia domini erforderlich sei? das ist eine sehr bestrittene Frage; doch dürfte die erste Meinung wohl die besten Gründe für sich haben (*h*). 2. Durch letztwillige Verordnung (servitus legata), wo das ius servitutis in dem Augenblicke der Erbschaftserwerbung (*hh*) von Rechtswegen erworben wird (*i*). Eine stillschweigende Bestellung einer Servitut durch Vertrag oder Testament ist aber nur dann anzunehmen, wenn ohne die Servitut die veräußerte oder vermachte Sache gar nicht würde bestehen, oder das eingeräumte Hauptrecht gar nicht würde ausgeübt werden können (*k*). 3. Durch Adjudication in den drei Theilungs-Processen (*l*). 4. Durch Ersitzung. Nachdem die ehemalige usucapio, quae servitutem constituebat, über welche es uns an näheren Nachrichten fehlt (*m*), durch die lex Scribonia (*n*) längst abgeschafft worden war (*o*), kam durch Gerichtsgebrauch die Regel auf, daß durch longa quasi possessio s. diuturnus usus servitutis (*p*) nicht nur eine exceptio, sondern auch eine utilis in rem actio begründet werde (*q*). Dazu wird erfordert, daß man irgend eine (*r*) Servitut an einer der ordentlichen Eigenthumsersitzung nicht entzogenen Sache (*s*) 10 Jahre oder inter absentes 20 Jahre lang (*t*) als Recht (*u*) nec vi nec clam nec precario ausübt (*v*). Ob es schon nach Römischem Rechte auf bona fides ankam, ist bestritten (*w*). Fehlt es an einem Erforderniß dieser Ersitzung, so kann die 30- oder 40jährige Extinctiv-Verjährung der Negatorienklage die Stelle derselben einigermaßen vertreten; auch läßt man, wenn der Besitz bona fide erworben worden ist, gewöhnlich eine außerordentliche Acquisitiv-Verjährung wie bei körperlichen Sachen zu (*x*). 5. Endlich gründet sich der Nießbrauch in vielen Fällen unmittelbar auf gesetzliche Vorschrift (*y*), und ebenso kann man auch gesetzliche Prädial-Servituten annehmen, wenn man sich darunter nichts weiter denkt, als gesetzliche Beschränkungen des Eigenthums einer Sache zum Vortheil einer anderen (s. oben §. 267).

(*a*) Wenigstens bei den vier ältesten: iter, actus, via und aquaeductus und bei dem aquaehaustus. Ed. Zachariä v. Lingenthal über die Untersch. zwischen serv. rust. und urb. Heidelb. 1844. S. 11 ff.

(*b*) Gaj. II. §. 28—32. — Ulp. XIX. §. 1. 9. 11.

(*c*) Gaj. II. §. 30—32.

(*d*) fr. 3. pr. fr. 25. §. 7. D. 7. 1. — fr. 20. D. 8. 1. S. auch: fr. 2. §. 5. fr. 4. §. 1. fr. 38. §. 10—12. fr. 49. §. 1. fr. 85. §. 3. fr. 111. D. 45. 1. — fr. 33. pr. D. 8. 3.

(*e*) fr. 11. §. 1. D. 6. 2. — fr. 25. §. 7. cit. — fr. 1. pr. D. 7. 4. — fr. 20. cit. — fr. 1. §. 2. D. 8. 3. — fr. 16. D. 8. 5. Vergl. auch fr. 3. pr. D. 7. 1.

(*f*) In vielen die Bestellung von Servituten betreffenden Stellen des Corpus iuris wurde daher das in iure cedere in cedere oder concedere verwandelt. — Interessant ist die Verwandlung, welche die in den Noten *b* und *c* citirten Aussprüche von Gajus in Justinian's Institutionen erlitten haben, nämlich in §. 4. J. 2. 3. und in §. 1. J. 2. 4.

(*g*) Auch darüber ist kein Streit, daß man bei der Uebertragung des Eigenthums durch traditio sich nach Justinianeischem Rechte durch bloße Uebereinkunft eine Servitut vor-

behalten (excipere, deducere) kann, wie es ehemals nur bei der Uebertragung durch in iure cessio oder mancipatio geschehen konnte. Vergl. über das alte Recht: GAJ. II. §. 33. — Fragm. Vat. §. 47–50 und über das neuere: fr. 32. 36. §. 1. D. 7. 1. — fr. 19. D. 8. 1. — fr 35. D. 8. 2. — fr. 8. D. 8. 4.

(*h*) Nach der früheren Meinung ist Tradition der Servitut zum Erwerb des ius servitutis erforderlich, besonders wegen const. 20. C. 2. 3. — fr. 3. pr. D. 44. 7 und der in der Note *e* citirten Stellen. Nach einer neueren Meinung aber soll, wegen der citirten Institutionenstellen und fr. 3. pr. D. 7. 1. verglichen mit Gajus und wegen anderer Stellen das dingliche Recht einer Servitut ohne quasi traditio durch pacta et stipulationes bestellt werden können. v. Savigny vom Besitz S. 577. 602. — Diese letztere Meinung wurde zuerst ausführlich vertheidigt von ED. JOS. SCHMIDTLEIN Diss. de servitutibus per pactum constituendis. Gött. 1823. Seitdem ist viel über diese Frage gestritten worden. Die gewöhnliche Meinung wurde gegen v. Savigny und Schmidtlein in Schutz genommen von: du Roi im Arch. für die civ. Prax. B. 6. S. 284. Zimmern ebendas. B. 7. S. 309 und in Schunck's Jahrb. B. 2. S. 19, besonders aber von Francke civil. Abh. S. 129, und v. Vangerow Pand. §. 350. Dagegen wurde die v. Savigny'sche Meinung vertheidigt von Michelsen im Arch. f. civil. Prax. B. 8. S. 362, von Schmidtlein ebendas. B. 9. S. 145 und von Hasse im Rhein. Museum für Jurispr. B. 1. S. 64. Ueber alle diese neueren Untersuchungen s. man: Schrader in der Tüb. krit. Zeitschr. f. RW. B. 1. H. 2. S. 66, welcher sich selbst für die v. Savigny'sche Meinung erklärt. Ebenso Warnkönig im Arch. f. civil. Pr. B. 12. S. 52, und besonders in der Thémis T. 10 p. 57. — HERM. HAERTEL de servitutibus per pacta et stipulationes constitutis ex iure Rom. Lips. 1828. — Puchta Instit. §. 256. — Hoffmann B. 2. §. 79—89. — Puchta Vorles. zu §. 256. — Sintenis gem. Civilr. §. 64, Note 15. — Arndts Pand. §. 188. — Elvers § 64. — Die frühere Ansicht wird wieder in Schutz genommen von: Brinz Pand. B. 1. S. 272 ff. Die neuere sucht unter Berichtigung einzelner historischer und dogmatischer Behauptungen ihrer früheren Vertheidiger selbstständig zu begründen: A. Schmidt die Bestellung der jura in re aliena durch Vertrag und durch Tradition; in Bekker's und Muther's Jahrb. Bd. 3. Nr. 9. Vergl. v. Keller Pand. §. 181. Die Vertheidiger der neueren Ansicht stimmen nicht mit einander überein in Beantwortung der Fragen: welche rechtliche Wirkungen die quasitraditio servitutis habe, ob die pacta das dingliche Recht begründen oder die stipulationes, und ob sie diese Wirkung schon nach dem klassischen Rechte hatten oder erst unter Justinian erlangten.

(*hh*) Das Nähere über den Zeitpunkt des Erwerbes s. unten in den §§. 712 u. 713.

(*i*) §. 4. J. 2. 3. — §. 1. J. 2. 4. — fr. 3. pr. fr. 6. pr. D. 7. 1. Insofern aber Usucapionsbesitz und Publiciana actio begründet sein soll, ist auch hier traditio servitutis erforderlich. — Ueber die servitus legata überhaupt: Dig. XXXIII. 2. 3.

(*k*) fr. 1. D. 33. 3. — fr. 1. §. 1. 4. D. 7. 6. — fr. 15. §. 1. D. 33. 2. — fr. 44. §. 9. fr. 81. §. 3. D. 30. — fr. 20. D. 8. 5. vergl. mit fr. 10. fr. 34—39. D. 8. 2. — fr. 3. fr. 6. pr. fr. 7. D. 8. 4. — fr. 30. D. 7. 1. — fr. 26. D. 39. 2. — WESTPHAL de servitutibus §. 541 und Glück Comment. Th. 9. S. 70. S. 77—82. Vergl.: Hoffmann B. 2. S. 62 ff. — Sintenis a. a. O. Note 17.

(*l*) fr. 6. §. 1. D. 7. 1. fr. 16. §. 1. fr. 22. §. 3. D. 10. 2. — fr. 6. §. 10. D. 10. 3. — fr. 10. D. 7. 9. Ueber andere Fälle gerichtlicher Bestellung s. Arndts Pandekt. §. 188 bei Note *h*.

(*m*) fr. 4. §. 29 D. 41. 3. Vergl. fr. 14. pr. D. 8. 1. Gewöhnlich bezog man sie bisher mit v. Löhr in s. Mag. B. 3. S. 120 ff. auf die servitutes praediorum urbanorum. Unterholzner gesammte Verjährungslehre B. 2. S. 133 ff. — Hameaux die usuc. u. l. t. praescr. S. 30 ff. S. jedoch auch: Glück Comment. B. 9. S. 109 ff. — Schmidtlein im Arch. f. civ. Pr. B. 9. S. 158. Note 31. — Schilling Bemerkungen S. 169. Note 449. Jetzt zeigt aber Schmidt a. a. O. S. 247. Anm. 2., daß es an einem hinreichenden Grunde für die Annahme, diese usucapio sei auf eine Art von Servituten beschränkt gewesen, ganz fehlt.

(*n*) fr. 4. §. 29 cit. Ueber das Alter dieser lex weiß man nichts Bestimmtes. Glück a. a. O. S. 111 ff. Note 2.

(*o*) Vergl. jedoch PAUL. S. R. I. 17. §. 2, und darüber die in der Note *m* citirten Schriften.

(*p*) Auch longae possessionis praerogativa, longa consuetudo und longi temporis consuetudo genannt.

(*q*) fr. 10. pr. D. 8. 5. — fr. 1. §. ult. D. 39. 3. — fr. 5. §. 3. D. 43. 19. — const. 1. 2. C. 3. 34. — Ueber diese Ersitzung sind übrigens die Ansichten der Rechtsgelehrten sehr verschieden. Man sehe darüber: GALVANUS de usufructu cap. 12. — Thibaut von der Verjährung §. 14. 36. — Dabelow von der Verjährung B. 1. S. 349. — Glück Comm. B. 9. §. 629. — Löhr im Mag. B. 3. (1.) Nr. 3. — Zimmern und Neustetel röm. rechtl. Untersuchungen S. 102. 336. (Dagegen: Thibaut im Arch. f. civil. Pr. B. 5. S. 323) — v. Seckendorf im Arch. für civil. Praxis B. 4. S. 83. — Seuffert Erört. II. S. 59. — Hagemann prakt. Erört. Th. 7. Nr. 91. Th. 8. Abth. 1. Nr. 32. — Wening-Ingenheim Lehrb. des Civilr. B. 1. §. 154. — Hasse im Rhein. Museum für Jurispr. Jahrg. 2. S. 394. — Unterholzner Verjährungslehre B. 2. §. 187—216. — Schweppe Röm. Privatrecht B. 2. §. 305. — Roßhirt im Arch. f. civ. Pr. B. 9. Nr. 1. — FR. JOS. BUSS de servitutum, quam vocant acquisitivam, praescriptione. Frib. 1829. — Bessel im cit. Arch. B. 13. S. 380. — Hoffmann in s. und Fuhr's civilrechtl. Vers. B. 1. Nr. 1. — v. Vangerow Pand. §. 351. — Puchta Instit. §. 256. Note *cc* ff. — Seuffert Pandektenr. §. 175. — Busch im Arch. für civ. Pr. B. 31. S. 241 ff. S. 407 ff. — Th. Muther die Ersitzung der Servituten. Erl. 1852. — Ueber die Erwerbung der s. g. servitutes discontinuae (§. 294) s. man: CAR. GUST. MÜLLER Diss. num et quatenus continua possessio requiratur in iuribus discontinuis praescriptione constituendis. Lips. 1832. — Einert in der Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung zunächst für das Königreich Sachsen B. 2. S. 4 ff. — Kori daselbst B. 2. S. 321. — Pernitzsch ebendas. B. 5. S 505 ff.

(*r*) const. 12. in fine C. 7. 33. — „Eodem observando et si res non soli sint, sed incorporales, quae in iure consistunt, veluti *usus fructus et ceterae servitutes*." Nach Zimmern Röm. rechtl. Untersuchungen Nr. 5 sollen demohnerachtet persönliche Servituten gar nicht durch Ersitzung erworben werden können. S. dagegen du Roi im Archiv für civil. Praxis B. 6. S. 287. Ueber servitutes discontinuae s. Note *q*.

(*s*) Namentlich nicht an Sachen der Kirchen und milden Stiftungen. Nov. 131. c. 6. S. auch: const. 5. C. 2. 41. — const. 5. C. 11. 65.

(*t*) PAUL. S. R. V. 5. a. §. 8. — const. 2. cit. — const. 12. in fine cit. A. M. Zimmern a. a. O.

(*u*) Diesen Punkt erörtert besonders Busch a. a. O. S. 244 ff.

(*v*) fr. 10. pr. cit. — fr. 1. §. ult. cit. — const. 1. cit.

(*w*) Ueber das canonische Recht s. oben §. 199, Note *a*. — Einen Titel verlangt besonders Bessel a. a. O. Dagegen Busch a. a. O. S. 40.

(*x*) Gegen diese Auslegung der bekannten const. 8. §. 1. C. 7. 39. von Justinian: Fritz Erläut. B. 1. H. 2 S. 382 ff. — Bessel a. a. O. §. 33. — v. Vangerow a. a. O. Nr. 4.

(*y*) Die einzelnen Fälle, wo ein gesetzlicher Nießbrauch eintritt, kommen vor in §. 535 b. §. 536, Nr. 2. §. 558, Nr. 3. §. 560, 627 am Ende.

§. 292.

III. Von dem Verluste der Servituten (*a*).

Die Servituten erlöschen ihrer allgemeinen Natur nach, d. h. abgesehen von Gesetzen und Privatdispositionen, wodurch die Dauer derselben besonders beschränkt worden ist (*b*): 1. durch Verzichtleistung (remissio) von Seiten des Berechtigten, welche sowohl ausdrücklich als stillschweigend geschehen kann (*c*). 2. Durch Confusion, welche bei Prädial-Servituten dann eintritt, wenn beide Grundstücke an Einen Eigenthümer kommen. Wenn jedoch der Eigenthümer des herrschenden Grundstücks nur einen Theil des dienstbaren Grundstückes erwirbt, oder wenn umgekehrt der Eigenthümer des letzteren einen Theil des ersteren erwirbt, so besteht die Servitut fort (*cc*). Bei Personal-Servituten tritt eine Confusion alsdann ein, wenn der Servitutberechtigte das Eigenthum der Sache erwirbt, was bei dem Ususfruct auch wohl consolidatio heißt (*d*). War jedoch die Confusion, sei es bei einer Personal- oder Prädial-Servitut, von Anfang an nur temporär, so lebt auch mit ihrem Aufhören die Servitut

wieder auf (*e*). 3. Wenn das Recht desjenigen, der die Servitut bestellte, zur Zeit der Bestellung widerruflich war und deswegen aufhört (*f*). 4. Durch den Untergang des Objects (*g*). Wird indeß die bisher dienstbare Sache wieder hergestellt, so lebt auch die alte Servitut wieder auf (*h*). 5. Durch den Untergang des Subjects (*hh*). Persönliche Servituten erlöschen daher mit dem Tode des Berechtigten (*i*), Prädial-Servituten mit dem Untergange des herrschenden Grundstückes; doch lebt auch hier die Servitut mit der Wiederherstellung des herrschenden Grundstückes wieder auf (*k*). 6. Durch erlöschende Verjährung. Personal-Servituten (*l*) und servitutes rusticæ hören nämlich nach Römischem Rechte von jeher durch bloße fortgesetzte Nichtausübung (non utendo) (*m*) und urbanae durch usucapio libertatis (*n*) ipso iure auf. Zu der letzteren ist fortdauernder juristischer Besitz der dienenden Sache und fortwährende Aufhebung des zur Ausübung der Servitut nöthigen Zustandes derselben erforderlich (*o*). Die Zeit, auf welche es ankommt, besteht nach Justinian's Verordnungen (*p*) bei allen Arten von Servituten, und namentlich ohne Ausnahme der Personal-Servituten an beweglichen Sachen (*q*), in 10 Jahren inter praesentes und in 20 Jahren inter absentes.

(*a*) Dig. VII, 4. VIII. 6. Pauli sent. rec. III. 6. §. 28—33. — Buchholtz Versuche Nr. 17.

(*b*) So erlischt z. B. der gesetzliche Nießbrauch des Vaters an dem Vermögen der Kinder in der Regel, sobald die väterliche Gewalt aufhört, §. 2. J. 2. 9., und ebenso kann eine Servitut vertragsmäßig, oder durch letzten Willen, bis auf eine gewisse Zeit oder bis zum Eintritte eines bestimmten Ereignisses bestellt werden (s. übrigens auch §. 287. Note *g*). fr. 4. pr. D. 8. 1. vergl. mit fr. 15. D. 7. 4. — const. 5. C. 3. 33. Beim usufructus tritt hier indeß nach const. 12. C. 3. 33 noch das Besondere ein: 1. daß, wenn Jemanden der ususfructus bis dahin vermacht worden ist, daß ein Dritter ein gewisses Alter erreicht haben werde, und dieser Dritte stirbt, noch ehe er zu dem bestimmten Alter gelangt ist, der ususfructus dennoch bis zu dem Zeitpunkte fortdauern soll, in welchem der Dritte, wenn er leben geblieben wäre, jenes Alter erreicht haben würde, vorausgesetzt, daß der Usufructuar nicht selbst schon früher stirbt; 2. wenn der Testator die Dauer des ususfructus von irgend einem anderen, die Person eines Dritten betreffenden, ungewissen Ereignisse abhängig gemacht hat (z. B. der Usufruct wird dem A bestellt, bis B den Gebrauch seines Verstandes wieder erlangt), so soll, falls dieser Dritte vor dem Eintritte jenes Ereignisses stirbt, der ususfructus als ein solcher angesehen werden, welcher dem Usufructuar auf Lebenszeit verliehen sei. Vergl. über diese beiden Bestimmungen: v. Keller Pand. §. 183 am E.

(*c*) Nach dem älteren Rechte mußte die Form der in iure cessio oder der mancipatio (welche letztere jedoch nur bei servitutes rusticae zuläßig war) beobachtet werden, wenn eine Servitut auf diesem Wege ipso iure aufhören sollte. Gaj. II. §. 29. 30. — Paul. S. R. III. 6. §. 30. Ein einfacher Vertrag begründete nur eine exceptio, fr. 4. D. 8. 1. — fr. 4. §. 12. D. 44. 4, bis der fortdauernde Nichtgebrauch oder die usucapio libertatis die aufgegebene Servitut ganz aufhob. Nach Justinianeischem Rechte hat der bloße Vertrag (das bloße cedere z. B. usumfructum) schon die Wirkung, welche ehemals die in iure cessio hatte. §. 3. J. 2. 4. Nicht aber eine bloße Dereliction, wiewohl sich der Usufructuar durch diese seinen Lasten entziehen kann. fr. 64. 65. D. 7. 1. — Fritz im Arch. für civ. Pr. B. 8. Nr. 15. — Dessen Erläut. B. 1. H. 2. S. 386 ff. — v. Savigny Syst. B. 4. S. 544 ff. — Sintenis gem. Civilr. §. 66. — Arndts Pand. §. 193, Anm. 2. — Elvers §. 72. (S. auch oben §. 180, Note *c*). A. M.: v. Vangerow Pand. §. 127. — Puchta Pand. §. 190, Note *k*. — Hoffmann §. 114. Auch durch ein Vermächtniß (legatum liberationis) kann eine Servitut remittirt werden. S. §. 709.

(*cc*) fr. 1. D. 8. 6. — fr. 30. D. 8. 2. vergl. mit fr. 8. §. 1. D. 8. 1. — fr. 19. fr. 34. pr. D. 8. 3. — fr. 5. fr. 6. §. 1—3. fr. 18. D. 8. 4.

(*d*) §. 3. J. 2. 4. — fr. 3. §. 2. fr. 6. pr. D. 7. 2. — fr. 78. §. 2. D. 23. 3. — fr. 17. D. 7. 4. — fr. 57. pr. D. 7. 1. und darüber: v. Bülow Abhandl. Th. 2. S. 109.

(*e*) fr. 9. D. 8. 4. — fr. 18. D. 8. 1. — fr. 57. D. 24. 3. — fr. 7. pr. D. 23. 5. — Fritz Erläut. B. 1. H. 2. S. 393 ff. — Elvers §. 14. S. 126 ff. u. §. 71. S. 765, Note *b*.

(*f*) fr. 16. D. 7. 4 — fr. 11. §. 1. D. 8. 6. — fr. 105. D. 35. 1. Nach der Regel: Resoluto iure concedentis resolvitur ius concessum. S. oben §. 239 und besonders die dort angef. Abh. von Fritz.

(*g*) §. 1. 3. J. 2. 4. — fr. 10. §. 2—4. fr. 12. fr. 30. fr. 31. D. 7. 4. — fr. 20. §. 2. D. 8. 2. — fr. 2. D. 7. 1.

(*h*) fr. 14. pr. D. 8. 6 — fr. 23. D. 7. 4. — fr. 36. pr. D. 7. 1. Viele wollen dieß blos von Prädial-Servituten gelten lassen, allein man sehe fr. 23. cit.

(*hh*) So drückt man sich gewöhnlich aus. Bei Prädial-Servituten ist aber dieser Ausdruck nicht ganz richtig, denn hier ist nicht das herrschende Grundstück, sondern der jeweilige Eigenthümer desselben das eigentliche Subject des Servitutrechts, wiewohl auch die Römer der Kürze halber sagen: praedio debetur servitus, praedium habet servitutem. A. M. Böcking Instit. §. 62, d. Pand. §. 36.

(*i*) §. 3. J. 2. 4. — pr. J. 2. 5. — fr. 3. §. 3. D. 7. 4 — const. 3. pr. const. 12. pr. const. 14 C. 3. 33. — Der einer Gemeinheit eingeräumte Nießbrauch erlischt in hundert Jahren, „quia is finis vitae longaevi hominis est.“ fr. 56. D. 7. 1. Merkwürdig ist noch, daß nach Röm. Rechte der usus fructus und usus auch durch maxima und media, und bis auf Justinian's const. 16. §. 2. C. 3. 33. selbst durch minima, capitis diminutio des Berechtigten erloschen, §. 3. J. 2. 4. — fr. 1. D. 7. 4. — const. 16. 17. C. 3. 33.; nicht so die habitatio, quia in facto potius, quam in iure consistit,“ fr. 10. pr. D. 7. 8 — fr. 10. D. 4. 5.; und auch nicht die operae servorum, fr. 2. D. 7. 7. — fr. 2. D. 33. 2.

(*k*) fr. 20, §. 2. D. 8. 2.

(*l*) Mit Ausnahme der habitatio und der operae. fr. 10. pr. D. 7. 8. fr. 2. D. 33. 2. Ueber den usus fructus alternis annis legatus s.: fr. 28. D. 7. 4. — fr. 13. D. 33. 2.

(*m*) fr. 38. — 40. D. 7. 1. — fr. 28. 29. D. 7. 4. — §. 3. J. 2. 4. — fr. 6. D. 8. 2, — fr. 18. D. 8 3. — fr. 7. D. 8. 6. Nur bei Weggerechtigkeiten, bei der serv. aquaeductus, bei der serv. aquaehaustus und bei Personal-Servituten läßt dieses gelten und hält sonst überall die usucapio für nöthig: Ed. Zachariä v. Lingenthal über die Unterscheidung zwischen serv. rust. und urb. Heidelb. 1844. S. 58 ff. Ebenso Elvers §. 40, 73.

(*n*) fr. 6. cit.

(*o*) fr. 6. 7. 32. pr. D. 8. 2 — fr. 18 §. 2 D. 8. 6. — fr. 4. § 29. D. 41. 3.

(*p*) Vorher bestand sie in zwei Jahren und bei Personal-Servituten an beweglichen Sachen in einem Jahre. Paul. S. R. I. 17. III. 6. §. 30. Vergl. das interpolirte fr. 4. §. 27. D. 41. 3. Justinian verlängerte die Zeit zuerst bei dem Usus fruct durch const. 16. §. 1. C. 3. 33. und dann durch const. 13. C. 3. 34. auch bei allen anderen Servituten. An dem alten Unterschied zwischen Verlust durch bloßen Nichtgebrauch und usucapio libertatis ändern diese Verordnungen nichts. Jedoch sind über diesen Punkt die Meinungen sehr verschieden. Man s. insbesondere: Galvanus de usufructu cap. 41. — Arn. Andr. Frid. Malinkrott Diss. de praescriptione servitutum extinctiva imprimis ad L. 13. C. de servit. et aqua. Jenae 1788. — J. Siertsema de usufructu ob non usum amittendo. Gröning. 1812. — Glück Comm. Th. 9. §. 641. Th. 10. §. 689. — Gros Geschichte der Verjährung S. 62 ff. — Thibaut von der Verjährung §. 58. — Dabelow von der Verjähr. B. 2. §. 172. — Seuffert Erört. II. S. 71. — Unterholzner Verjährungslehre B. 2. §. 217 —234. — Schweppe Röm. Privatrecht B. 2. §. 309—311. — Buchholtz Vers. Nr. 17. S. 193. — Fritz Erläut. B. 1. H. 2. S. 394 ff. — Schilling Lehrbuch B. 2. § 201. — v. Vangerow Pand. §. 357. — Roßhirt gem. Civilr. B. 2. §. 293. — Puchta Vorles. §. 190. — Hoffmann §. 118. — Elvers S. 779 ff.

(*q*) S. Unterholzner a. a. O. §. 223. — Fritz a. a. O.

Vierter Titel.

Von den auf Servituten sich beziehenden Klagen.

§. 293.

I. Petitorische Klagen (*).

Die bei Servituten vorkommenden Klagen sind theils petitorische, theils possessorische. I) Zu den petitorischen Klagen gehört: A. Die actio con-

fessoria, s. vindicatio servitutis, welche auf Geltendmachung der Servitut geht (**). Sie steht demjenigen zu, der eine Servitut in Anspruch nimmt und beweisen kann, daß die Servitut ihm oder seinem Grundstücke wirklich zusteht (*a*). Sie findet gegen Jeden statt, welcher den Kläger in der Ausübung seines Rechtes stört, und ist auf Anerkennung der Servitut, auf Schadenersatz und nöthigenfalls auf eine cautio de non amplius turbando gerichtet (*aa*). B. Die actio negatoria, s. vindicatio libertatis, welche auf Geltendmachung der Freiheit einer Sache geht (*b*). Sie steht dem Eigenthümer der Sache zu, welcher die Freiheit der Sache von einer Servitut behauptet, und kann von diesem gegen Jeden angestellt werden, der sich eine Servitut an der Sache anmaßt (*bb*). Sie ist im Grunde nichts weiter, als die rei vindicatio wegen blos theilweiser Verletzung des Eigenthums durch Anmaßung einer Servitut (*c*), und wird auf Anerkennung der natürlichen Freiheit der Sache, auf Bestellung einer Caution wegen künftiger Störungen, sowie auf Schadenersatz gerichtet (*d*). Der Kläger muß hier den Beweis seines Eigenthums (*e*), der Beklagte den Beweis der Servitut führen, selbst dann, wenn er sich im Besitze derselben befindet (*ee*). C. Uebrigens findet sowohl wegen der Servitut, als wegen der Freiheit des Eigenthums auch die Publiciana in rem actio statt, wozu alsdann, 1. wenn damit auf die Servitut geklagt wird, nicht der Beweis des dem Kläger wirklich zustehenden ius servitutis, sondern nur der Beweis der durch Tradition oder patientia desjenigen, der sich im Usucapionsbesitz befand, erworbenen servitutis possessio (*f*); 2. wenn aber auf die Freiheit der Sache geklagt wird, nicht der Beweis des dem Kläger an derselben wirklich zustehenden Eigenthums, sondern nur der Beweis, daß er den Besitz der Sache ex iusta causa durch Tradition erworben habe, erfordert wird.

(*) Dig. 7. 6. — 8. 5. — §. 2. J. 4. 6. — Donelli comm. iur. civ. Lib. 11. c. 15. 16. — Glück Comm. Th. 10. §. 685—687. — E. Hoffmann §. 120—129. — Schmidt (v. Ilmenau) in der Zeitschrift f. geschichtl. RW. B. 15. Nr. 6. — Vergl. auch du Roi im Arch. für civ. Pr. B. 6. S. 295.

(**) S. übrigens auch Note *b*.

(*a*) fr. 2. §. 1. fr. 10. §. 1. D. 8. 5. — Ueber die Frage: inwiefern kann der Usufructuar eines Grundstückes wegen der demselben zustehenden Servituten klagen? s. man: fr. 1. pr. fr. 5. §. 1. D. 7. 6. — fr. 2. D. 39. 1. — fr. 1. §. 4. D. 43. 25. — v. Bülow Abh. Th. 2. Nr. 4. — Elvers S. 802.

(*aa*) fr. 2. fr. 5. §. 5—7. D. 7. 6. — fr. 4. §. 2. fr. 6. §. 2—7. fr. 7. fr. 10. §. 1, fr. 12. fr. 15. D. 8. 5.

(*b*) Die Benennungen confessoria und negatoria s. negativa actio wurden veranlaßt durch die positive und negative Fassung der intentio in den ehemaligen formulae actionum. Ueber diese Fassung s. besonders Schmidt a. a. O. Dabei ist zu bemerken: 1. Nach einem Scholium des Stephanus zu fr. 5. D. 7. 6. gab es zur Zeit der formulae auch eine prohibitoria actio, auf welche aufmerksam gemacht hat: Zachariä v. Lingenth. in der Zeitschr. f. geschichtl. RW. B. 12. Nr. 8. Diese war nichts Anderes als eine negatoria mit einer anders gefaßten intentio. Z. B. anstatt: Si paret Negidio *ius non esse* uti frui fundo Capenate *invito* Agerio, hieß es: Si paret Agerio ius esse *prohibendi* Negidium uti frui fundo Capenate. Nach Abschaffung der formulae hatte man im Corpus iuris keine Veranlassung, auf diesen Unterschied aufmerksam zu machen. Eine Spur davon findet sich aber dennoch in fr. 11. D. 8. 5. S.: Schmidt a. a. O. S. 165—169. Abweichende Ansichten haben: Zachariä a. a. O. und Stephan in ders. Zeitschr. B. 14. Nr. 8. Vergl. auch: H. Pernice commentat. jur. Rom. Hal. 1855. p. 134 seqq. — H. Witte in Linde's Zeitschr. n. F. B. 13. S. 386 ff. 2. Wenn es sich um eine negative Servitut handelte, so hatte zur Zeit der formulae die intentio derjenigen Klage, welche man vindicatio servitutis nennen kann, eine negative (oder, wenn der Kläger wollte, eine prohibitorische) und die intentio derjenigen Klage, welche man vindicatio libertatis nennen kann, eine affirmative Fassung, Schmidt a. a. O. S. 153 ff., und

es ist nicht zu bezweifeln, daß hier ursprünglich der Ausdruck negativa oder negatoria actio für jene und der Ausdruck confessoria actio für diese Klage gebraucht wurde. Da aber die affirmativen Servituten, bei welchen der umgekehrte Sprachgebrauch sich von selbst darbot, bei weitem häufiger sind, so machte sich im Laufe der Zeit der Satz geltend: a potiori fit denominatio, und in unseren Quellen wird im Allgemeinen confessoria agere gleichbedeutend mit servitutem vindicare und negatoria agere gleichbedeutend mit servitutem ad alium pertinere negare gebraucht. Indessen gibt es namentlich eine Stelle im Corpus iuris, die sich nicht wohl anders befriedigend erklären läßt, als durch die Annahme, daß sie bei negativen Servituten noch Spuren des ursprünglichen wörtlichen Sprachgebrauches enthalte. Dies ist §. 2. J. 4. 6. THEOPHIL. ad h. l. So weit bleibt der Herausgeber bei der in den Erläut. zu Wening B. 1. H. 2. S. 363—365 ausgesprochenen Ansicht, auch nach den Ausführungen von v. Vangerow Pand. §. 353, Anm. 1 und Schmidt a. a. O. S. 159—161. Dem Herausgeber stimmt bei v. Keller Pand. §. 184. Eine andere Erklärung der Institutionenstelle gibt v. Löhr im Mag. B. 3. (1.) S. 504. Diese Streitfrage hängt genau zusammen mit derjenigen, von welcher im §. 289. Note *k* die Rede ist.

(*bb*) fr. 2. pr. D. 8. 5. Streitig ist es, wie weit sie auch wegen anderer Störungen und Verletzungen des Eigenthums stattfindet. fr. 8. §. 5. fr. 11. 13. 14. 17. pr. D. 8. 5. — fr. 2. D. 43. 27. — fr. 6. §. 2. D. 47. 7. S. auf der einen Seite: Fritz a. a. O. S. 366., Schmidt a. a. O. S. 170 ff. und Brinz Pand. B. 1. §. 67, und auf der andern Seite: v. Vangerow §. 353. Anm. 1 am E. und Schmid §. 17. S. 370. Vergl.: Witte a. a. O. S. 409 ff. Auch nach der letzteren Ansicht geht zu weit: F. Zimmermann im Archiv für prakt. RW. Bd. 2. Nr. 13. S. Schäffer ebendas. S. 315 ff.

(*c*) Heise Grundr. B. 2. Cap. 2. Not. 14. A. M.: du Roi im Arch. f. civil. Pr. B. 6. S. 297.; allein man s. dagegen: Puchta im Rhein. Mus. für Jurispr. B. 3. S. 166. (Darüber: Zimmern in Schunck's Jahrb. B. 6. S. 31.) — E. Spangenberg in Hagemann's prakt. Erört. Th. 8. Abth. 2. Nr. 2.

(*d*) S. die Note *aa* angeführten Stellen.

(*e*) fr. 5. pr. D. 7. 6. Vergl. const. 10. C. 4. 24. — Puchta im Rhein. Museum B. 1. S. 165 ff.

(*ee*) Dieß ist freilich eine sehr bestrittene Frage, besonders wegen §. 4. J. 4. 15., fr. 8. §. 3. D. 8. 5., fr. 15. D. 39. 1. und fr. 7. §. 5. D. 40. 12. Die oben angenommene Meinung wird vertheidigt von: CHR. THOMASIUS de onere probandi in actione negatoria. Halae 1716. §. 18 seq. — KIND quaest. for. Ed. I. T. 1. c. 105. Ed. II. T. 3. c. 44. — Hufeland Beitr. zur Bericht. der positiven RW. St. 4. Nr. 4. — Borst von der Beweislast. S. 132—158. — Weindler von den Vermuthungen. Landshut 1809. — C. F. VELTHEIM Actio confessoria et negatoria. Kiliae 1822. — J. P. Esser krit. Beleuchtung des R. R. über die Beweislast bei den Servitutenklagen. Trier 1826. — v. Vangerow Pand. §. 353, Anm. 2. — Mittermaier im Arch. f. civ. Pr. B. 19. S. 285 ff. — Francke ebend. B. 21. S. 1 ff. — Sintenis gem. Civilr. §. 52, Note 57. — Schmid §. 17. S. 373 ff. — PERNICE l. c. p, 180 seqq. — H. Witte in Linde's Zeitschr. n. F. B. 13. Nr. 12. B. 14. Nr. 2. u. A. Ueber den Fall, wenn über den Umfang einer Servitut gestritten wird, s. Weißgerber in Linde's und Marezoll's Zeitschr. B. 16. S. 194 ff. Die entgegengesetzte Meinung wird vertheidigt von: Weber Beitr. zu den Klagen und Einreden. St. 2. Nr. 16. — Pfeiffer verm. Auff. S. 207. — SCHLITTE Diss. num mota actione negatoria reus in poss. servit. constitutus ab onere probandi immunis sit. Helmst. 1808. — Seuffert Erört. II. Nr. 16. — Linde in s. Zeitschrift Bd. 1. S. 155 ff. — Samhaber ebendas. Bd. 18. S. 133 ff. — Reuter ebendaselbst n. F. Bd. 12. Nr. 15. — Heise im Archiv für d. civ. Pr. B. 40. Nr. 3. — Brinz Pand. B. 1. S. 238 ff. Daß der Kläger beweisen müsse, auch wenn der Beklagte nicht im Quasibesitz ist, behaupten: Schweppe Handb. B. 2. §. 314. — Pape in Linde's Zeitschr. B. 16. S. 194 ff. — du Roi im Arch. f. civil. Pr. B. 40. Nr. 2. Mit mehreren Unterscheidungen wird die Frage beantwortet von: Glück Comm. B. 10. §. 687. — Klötzer Berichtigung der Lehre von der Beweislast, insbesondere bei angestellter actio confessoria und negatoria. Jena 1813. — v. Löhr in s. Mag. B. 3. (1.) S. 507. — ROB. JUL. VOLLSACK Diss. de onere probandi in actione negatoria. Lips. 1829. — J. E. A. DE RAUSCHENPLAT Diss. de onere probandi in negatoria actione. Götting. 1830. — Fritz Erläut. B. 1. H. 2. S. 369 ff.

(*f*) fr. 11. §. 1. D. 6. 2. — fr. 1. §. 2. D. 8. 3. — Vergl. fr. 18. D. 20. 1. — Arndts Pand. §. 191, Anm. — Elvers §. 77.

§. 294.

II. Possessorische Klagen.

II. So viel die possessorischen Rechtsmittel bei Servituten anbetrifft, so finden A. wegen der persönlichen Servituten die gewöhnlichen interdicta retinendae et recuperandae possessionis (§. 231—236) als interdicta utilia statt (*a*). B. In Rücksicht der Prädial-Servituten muß man unterscheiden: 1. bei solchen affirmativen Servituten, deren Ausübung in einer eigenen, unabhängigen Handlung besteht (s. g. servitutes discontinuae); z. B. bei der servitus itineris, viae, actus, aquaeductus, aquaehaustus etc. finden die gewöhnlichen possessorischen Interdicte keine Anwendung, sondern es sind dafür eigene Interdicte bestimmt (*b*). Dahin gehört: das interdictum de itinere actuque privato auf Schutz in der Ausübung einer Weggerechtigkeit und das interd. de itinere actuque reficiendo auf Schutz bei der Ausbesserung des Weges (*c*); das interd. de fonte auf Schutz in der Ausübung des Rechtes, Wasser aus dem Brunnen oder Teiche eines Anderen zu schöpfen, und das interd. de fonte reficiendo auf Schutz bei der Ausbesserung des Brunnens (*d*); das interdictum de aqua quotidiana et aestiva auf ungestörte Ausübung einer Wasserleitungsgerechtigkeit, vorausgesetzt, daß die zur Ausübung erforderliche Anstalt wirklich vorhanden ist (*e*), und das interdictum de rivis auf Ausbesserung dieser Anstalt (*f*); ebenso das interdictum de cloacis auf Reinigung und Ausbesserung eines Abzugs-Canales (*g*). 2. Wegen derjenigen affirmativen Servituten, die ohne wiederkehrende Handlungen durch eine dauernde Anstalt oder Vorrichtung ausgeübt werden, findet das interdictum uti possidetis statt (*h*). 3. Der Besitz negativer Servituten wird nach Römischem Rechte nicht durch Interdicte geschützt (*i*).

(*a*) fr. 4. D. 43. 17. — fr. 3. §. 13. 14. 16. fr. 9. §. 1. D. 43. 16. — fr. 60. pr. D. 7. 1. — fr. 2. pr. §. 3. D. 43. 26. Das int. utrubi wie das int. de precario wurden wohl directe gegeben. v. Keller Pand. §. 186.

(*b*) v. Savigny vom Besitz §. 46. A. M. ist Thibaut im Arch. für civil. Pr. B. 1. Nr. 7. §. 2.

(*c*) fr. 1. pr. fr. 3. §. 11. D. 43. 19. — fr. 4 §. 5. D. 8. 5. — Ueber das interd. de itinere actuque privato s. insbesondere: Carl Albert über den Besitz unkörperlicher Sachen. Leipzig 1826. Vergl. auch Althof das interd. de it. actuque priv. Rinteln 1836.

(*d*) Dig. 43. 22.

(*e*) Dig. 43. 20.

(*f*) Dig. 43. 21.

(*g*) Dig. 43. 23. vergl. mit fr. 1. pr. D. 43. 17. (s. Note *h*). Hier wird kein Quasibesitz der Servitut, sondern nur die Existenz der Kloake verlangt. Ueber dieses Interdict und das interd. de cloacis publicis, sowie über die Kloaken in Rom überhaupt s. Schmidt (v. Ilmenau) in der Zeitschr. f. geschichtl. RW. B. 15. N. 3.

(*h*) fr. 8. §. 5. D. 8. 5. — fr. 3. §. 5—7. D. 43. 17. A. M.: v. Vangerow Pand. §. 355. S. aber Rudorff in der Zeitschr. f. gesch. RW. B. 11. S. 348 ff. — Arndts Pand. §. 192, Anm. 4. Vergl. Schmidt Interdictenverfahren S. 64. Dies gilt denn in der Regel bei affirmativen servitutes urbanae, jedoch nie bei einer Kloake. fr. 1. pr. cit. Ueber alle diese Interdicte s. man: v. Savigny vom Besitz §. 45 46.

(*i*) v. Savigny hält das interdictum uti possidetis auch hier für zulässig. Allein s.:

fr. 5. §. 10. D. 39. 1. — v. Vangerow a. a. O. — Rudorff a. a. O. S. 352. Vergl. Bruns das Recht des Besitzes im Mittelalter S. 90 ff.

Viertes Capitel.

Von der Emphyteusis.

Quellen: §. 3. J. 3. 24. (25.) — Dig. VI. 3. — Cod. Theodos. X. 3. — Cod. Iust. IV. 66.

Literatur: Cujacii recit. solemn. in tit. C. de iure emphyteutico. — Donelli comm. iur. civ. Lib. 9. c. 13—15. — Jani a Costa prael. in tit. Cod. de iure emphyteutico. In prael. in illustr. quosd. titt. a Voorda edit. p. 346. — Galvanus de usufr. cap. 27. §. 5. — Ge. Sam. Madihn de vera indole agrorum vectigalium secundum iuris Rom. doctrinam. Berol. 1773. — Groscurd de iure emphyteutico. Gött. 1803. — J. A. Kluppel de iure emphyteutico. Gröning. 1807. — A. H. Raupp de iure emphyteutico. L. B. 1807. — A. Faure de emphyteusi ex iure Romano. Gröning. 1819. — Glück Comm. B. 8. §. 600 bis 619. — Gesterding vom Eigenthum S. 405—444. — v. Savigny vom Besitz S. 120 ff. — Hufeland über den Geist des Röm. Rechts B. 2. Abth. 2. S. 55. — du Roi im Arch. f. civil. Prax. Bd. 6. S. 386 ff. — Jo. Bapt. Nothomb Spec. de historia iuris emphyteutici apud Romanos. Leodii 1826. — P. Verloren Diss. de iure emphyteutico. Ultraj. 1826. — Fr. Wilh. v. Tigerström über das frühere Verhältniß des Rechts am ager vectigalis. Greifswalde 1828. — *Ejusd.* Comm. de ordine Digestorum. Berol. 1829. p. 104. — J. M. F. Birnbaum die rechtliche Natur der Zehnten. Bonn 1831. S. 60 ff. — v. Buchholtz jurist. Abh. Nr. 25. — Büchel civilrechtl. Erört. Nr. 3. S. 22 ff. — A. Muehler de iure emphyteutico transferendo. Berol. 1835. — F. A. Vuy de originib. et natura iuris emphyteutici Romanor. Heidelb. 1838. — Arndts im Rechtslex. B. 3. S. 849 ff. u. in Linde's Zeitschrift u. F. Bd. 3. S. 245 ff. und S. 367 ff. — Schmid Handb. des gem. bürgerl. R. Bes. Th. Bd. 2. §. 20—24. Auch die im §. 296, Note *a* angef. beiden Abhandlungen von Thibaut gehören hierher, besonders die zweite.

§. 295.

I. Begriff derselben.

Emphyteusis ist das veräußerliche und vererbliche dingliche Recht (*a*), ein fremdes Grundstück, welches Jemanden unter der Bedingung, dasselbe zu cultiviren und zu verbessern, und jährlich, oder zu andern bestimmten Terminen, eine unveränderliche Abgabe (canon, pensio, vectigal, reditus) davon zu bezahlen, verliehen worden ist, wie sein Eigenthum vollständig zu benutzen und über die Substanz desselben zu verfügen, so weit dieß ohne Verschlechterung desselben geschehen kann. Der Eigenthümer der Sache, welcher einem Anderen ein solches Recht einräumt, heißt dominus emphyteuseos, derjenige, dem es eingeräumt wird, emphyteuta, und die Sache, an welcher es eingeräumt wird, ager vectigalis s. emphyteuticarius oder emphyteusis, heut zu Tage auch wohl Erbpacht-, Erbleihe- oder Erbzinsgut (*b*).

(*a*) Es ist hervorgegangen aus dem Rechte des Pächters eines ager vectigalis besonders einer Stadt. Die Ausdrücke emphyteusis, praedium emphyteuticarium und dergl. wurden Anfangs nur für Güter des Kaisers gebraucht. Ueber die Geschichte dieses dinglichen Rechts s. besonders: Vuy l. c. und Puchta Inst. B. 2. §. 245.

(*b*) Ueber die heutigen Erbleihen und Erbzinsgüter s. man insbesondere F. C. v.

Buri ausführl. Abhandl. von den Bauerngütern. Gießen 1769. Mit Zusätzen von J. F. Runde 1789. Vergl. Schmid §. 29—33.

§. 296.

II. Rechte des Emphyteuta.

Der Emphyteuta hat an der Sache, ohne Eigenthümer derselben zu sein, fast alle im Eigenthume begriffenen Rechte (*a*), und zwar: A. das volle Benutzungsrecht, also das Recht, die Sache zu besitzen (*aa*) und alle Früchte von derselben zu ziehen, an welchen er nicht erst durch Perception, sondern schon durch Separation und zwar sogleich ein volles unwiderrufliches Eigenthum erwirbt (*b*). An den Accessionen erwirbt er zwar kein Eigenthum, aber ein emphyteutisches Recht an denselben läßt sich ihm nicht absprechen (*bb*). Auf den Schatz kann er jedoch nur als Finder Anspruch machen (*c*). B. Das Recht, über die Sache selbst zu verfügen. Hierbei kommt zunächst Alles darauf an, was bei der Verleihung des Gutes besonders darüber verabredet ist. Ist nichts Besonderes darüber verabredet, so gebührt dem Emphyteuta nach gemeinem Rechte: 1. das Recht, über die Substanz der Sache zu verfügen und Veränderungen mit derselben vorzunehmen; nur darf sie dadurch nicht verschlechtert werden (*cc*). 2. Die Befugniß, die Ausübung seines Rechts einem Anderen zu überlassen und das emphyteutische Recht (oder wie es immer heißt: seine Besserungen, meliorationes) selbst, sowohl unter Lebenden zu veräußern, als auch auf seinen Todesfall darüber zu verfügen (*d*); daher ist er auch berechtigt, die Sache zu verpfänden und mit Servituten zu beschweren, ohne dazu der Einwilligung des dominus zu bedürfen (*e*). Nur wenn er sie verkaufen will, muß er dazu die Einwilligung des dominus nachsuchen, und diesem steht alsdann ein Vorkaufsrecht zu, wenn er dasselbe geben will, was der Dritte geboten hat. Der Emphyteuta hat ihm daher den vorhabenden Verkauf anzuzeigen und der dominus sich sodann binnen zwei Monaten zu erklären, ob er von seinem Vorkaufsrechte Gebrauch machen will. Erklärt er sich binnen dieser Frist nicht, so kann der Emphyteuta verkaufen, ohne weiter an die Einwilligung des dominus gebunden zu sein; nur muß der Verkauf geschehen an eine zur Bebauung oder Verwaltung des emphyteutischen Gutes tüchtige Person (*f*). 3. Stirbt der Emphyteuta, so geht die Emphyteusis der Regel nach, und zwar jetzt ohne Unterschied, ob sie eine kirchliche oder eine weltliche ist, auf die Erben desselben über, sie mögen testamentarische Erben oder Intestaterben sein (*g*). 4. Dem Emphyteuta steht zur Verfolgung seines emphyteutischen Rechtes eine utilis in rem actio gegen Jeden, selbst gegen den Eigenthümer, zu (*h*).

(*a*) Aus diesem Grunde und weil das Röm. Recht deshalb dem Emphyteuta eine utilis in rem actio gestattet, nannten schon die Glossatoren den Inbegriff der ihm an der Sache zustehenden Rechte dominum utile, während sie die dem dominus verbleibende Proprietät mit dem Ausdrucke dominium directum bezeichneten, weil ihm als wahrem Eigenthümer der Sache die rei vindicatio directa zusteht. Unter dominium utile muß man sich aber kein wahres Eigenthum denken, sondern nur ein seinem Umfange und seiner Wirkung nach dem Eigenthume fast gleichkommendes ius in re aliena (analoges Eigenthum). C. H. Lang Comm. de dominii utilis natura, indole et historia, eiusque in iure Romano et Germano vestigiis. Gött. 1793. Am richtigsten sind diese so häufig mißverstandenen Begriffe bestimmt von Thibaut in s. Versuchen B. 2. nr. 3 und civilist. Abhandl. nr. 11 und von Eichhorn Einl. in das deutsche Privatrecht §. 160. Dagegen werden die alten Ideen von einem getheilten Eigen-

thume (Ober- und Untereigenthum oder nutzbares Eigenthum) noch immer vertheidigt von G. M. Weber in s. Handb. des Lehenrechts B. 1. S. 14 und Glück Comm. Th. 8. §. 577, 600. Vergl. Seuffert Erört. Abth. 2. nr. 1 und Fritz Erläut. B. 1. H. 2. S. 290—292, welche Thibaut folgen, und Hufeland l. c. S. 70, welcher zum Theil von ihm abweicht. — Für ein widerrufliches bonitarisches Eigenthum hielt das Recht des Emphyteuta früher v. Savigny Besitz 2. Aufl. S. 99. Später verwarf er aber diese von Thibaut civil. Abh. Nr. 11 widerlegte Ansicht. Als ein Recht zur Ausübung des Eigenthums eines Anderen betrachtet es Büchel a. a. O. Dagegen Arndts a. a. O. S. 245 ff. Aehnlich der Büchel'schen ist die Auffassung von Elvers Servituten §. 34. Dagegen Kuntze in der krit. Zeitschrift B. 2. S. 263.

(*aa*) Gewöhnlich hielt man bisher mit v. Savigny den Besitz des Emphyteuta für einen abgeleiteten juristischen Besitz an dem emphyteutischen Gute. Jetzt sucht aber Arndts a. a. O. S. 367 ff. zu beweisen, daß er die Sache nur in der Detention habe und daß sein juristischer Besitz nur eine iuris quasi possessio sei, wie der des Usufructuars. Gegen die Einwendungen in Böcking's Institut. §. 126, Note *b* replicirt Arndts in den Pand. §. 195, Anm. 3. Ihm stimmen auch bei: Dernburg Abh. S. 80 ff. — Rudorff in Puchta's Pand. §. 137, Note *b*. — Brinz Pandekten B. 1. S. 79 ff.

(*b*) fr. 25. §. 1. D. 22. 1. Vergl. oben §. 265, Note *cc*.

(*bb*) arg. fr. 10. §. 1. fr. 32. fr. 65. D. 23. 3.

(*c*) arg. fr. 7. §. 12. D. 24. 3. — arg. fr. 1. D. 43. 9. — Thibaut civil. Abh. Nr. 11, Not. 3. Anderer Meinung sind natürlich Alle, welche dem Emphyteuta wirkliches Eigenthum zuschreiben, z. B. Glück Comm. B. 8. S. 398, aber auch Einige, die ihm nur ein ius in re beilegen, z. B. Malblanc princ. iur. Rom. §. 415 und Schweppe jur. Mag. St. 1, S. 151.

(*cc*) Auth. Qui rem C. 1. 2. — Nov. 120. c. 8.

(*d*) const. 3. C. 4. 66. — §. 3. J. 3. 24. (25.) — fr. 71. §. 5. 6. D. 30. — const. 1. 3. C. 11. 70.

(*e*) fr. 16. §. 2. D. 13. 7. — fr. 1. pr. D. 7. 4. — Thibaut Versuche B. 2. Abh. 15. Nr. 1. — v. Buchholtz Versuche Nr. 18. — Fällt indeß das Gut *ex lege constitutionis* an den dominus emphyteuseos zurück, so erlöschen die ohne seine Einwilligung vom Emphyteuta bestellten Servituten und Pfandrechte nach der Regel: resoluto iure concedentis resolvitur ius concessum. fr. 31. D. 20. 1. Dieß gilt aber nicht auch in dem Falle, wenn der dominus das Gut iure protimeseos zurückerwirbt. v. Buchholtz jur. Abhandl. S. 316, Note 25.

(*f*) const. 3. C. 4. 66

(*g*) Nov. 7. c. 3. verb. mit Nov. 120. c. 6. §. 1. — Auch durch Legat kann das emphyteutische Recht auf Andere übertragen werden. fr. 71. §. 5. 6. D. 30.

(*h*) fr. 1. §. 1. D. 6. 3. — fr. 12. §. 2. D. 6. 2. — du Roi im Arch. f. die civil. Praxis Bd. 6. S. 389. — Gewöhnlich nimmt man an, diese Klage sei durch das Civilrecht nicht nur ausgedehnt, sondern zuerst eingeführt worden; so namentlich Büchel a. a. O. Dagegen Arndts a. a. O. S. 280 ff. S. auch A. Schmidt in Bekker's Jahrb. B. 3. S. 249, Anm. 5.

§. 297.

III. Pflichten des Emphyteuta.

Dagegen hat der Emphyteuta, wenn nichts Besonderes verabredet ist, folgende **Pflichten**: 1. er muß alle auf der Sache haftende öffentliche Lasten und Abgaben tragen (*a*); 2. die Sache selbst so viel als möglich verbessern, oder sie doch so cultiviren, daß sie nicht deteriorirt wird (*b*); und 3. den verabredeten Canon zur bestimmten Zeit unaufgefordert zahlen (*c*). Auch muß 4. dem dominus emphyteuseos, im Fall das emphyteutische Recht von dem bisherigen Emphyteuta auf einen Singular-Successor übertragen wird, sei es durch Schenkung, Vermächtniß, Tausch oder Verkauf, der fünfzigste Theil des Kaufpreises, oder wo von einem solchen nicht die Rede ist, des durch Sachverständige auszumittelnden wahren Werthes der Sache (quinquagesima pars

pretii vel aestimationis, jetzt s. g. laudemium oder Lehenwaare), für die Annahme des neuen Emphyteuta entrichtet werden, wozu jedoch die Erben des Emphyteuta nicht verflichtet sind, und welches, wenn nichts Anderes verabredet ist, der neue Emphyteuta zahlen muß (*d*). Ein solches laudemium braucht aber nur dann bezahlt zu werden, wenn der dominus die Zulassung des neuen Emphyteuta ausgesprochen hat, nicht auch, wenn er dieselbe verweigert und zwei Monate lang, von Zeit der ihm gemachten Anzeige, bei seiner Weigerung beharrt (*e*).

(*a*) const. 2. C. 4. 66. — „neque apochas tributorum domino reddiderit." — const. 2. C. 10. 16.
(*b*) Nov. 120. c. 8. Daher muß er sie jedenfalls wenigstens in demselben guten Zustande zurückgeben, wie er sie bekommen hat. Auch kann er seine Meliorationen wenigstens in dem Falle der Privation nicht ersetzt verlangen. const. 2. C. 4. 66. — Nov. 7. c. 3. §. 2. — Nov. 120. c. 8. Ueber andere Fälle ist großer Streit. S. die Literatur bei Schmid §. 23, Note 1.
(*c*) §. 3. J. 3. 24. (25.) — const. 2. C. 4. 66. — Thibaut Versuche Bd. 1. Abh. 15. Nr. 3.
(*d*) const. 3. C. 4. 66. — Voetius comm. ad Pand. lib. 6. tit. 3. §. 26—35. — J. Chr. Konr. Schröter von der Lehenwaare. 2 Thle. Berlin und Stralsund 1789. — Glück Comm. B. 8. §. 611—614.
(*e*) const. 3. cit. — „novum emphyteutam in possessionem suscipere — — transferre." v. Buchholtz jur. Abh. S. 318.

§. 298.

IV. Entstehung der Emphyteusis.

Ein emphyteutisches Recht kann erworben werden durch Verleihung vom wahren Eigenthümer des Grundstücks vermitlelst Vertrages (*a*) und hinzukommender Tradition der Sache (*b*). Ob es noch andere Entstehungsarten desselben gibt, ist sehr bestritten. Die Quellen schweigen darüber (*c*). Gewöhnlich behauptet man aber, es könne wie andere dingliche Rechte unmittelbar durch den letzten Willen des Eigenthümers verliehen werden (*d*); auch nehmen Manche eine Ersitzung desselben an, wenn es ursprünglich von einem Nichteigenthümer eingeräumt wird, vom Emphyteuta aber zehn oder zwanzig Jahre bona fide ausgeübt wurde, vorausgesetzt, daß das Eigenthum der Sache in dieser Zeit durch Ersitzung erworben werden kann (*e*). Wenn übrigens Jemand ein Gut, woran ihm von Niemanden ein emphyteutisches Recht eingeräumt worden ist, animo emphyteutae lange Zeit hindurch besitzt und einen Canon davon bezahlt, so liegt in der Annahme des Canons von Seiten des Eigenthümers des Gutes eine stillschweigende Verleihung der Emphyteusis, und sie wird mithin erworben, ohne daß es gerade auf den Ablauf der Verjährungszeit ankommt.

(*a*) Ueber den contractus emphyteuticarius s. unten §. 384.
(*b*) Diese verlangt keine Stelle ausdrücklich. Auch halten sie jetzt Manche für überflüssig, namentlich: du Roi a. a. O. S. 397. — v. Schröter in Linde's Zeitschrift B. 2 S. 243. — Puchta Pand. §. 177. — Arndts Pand. §. 198. — A. Schmidt a. a. O. S. 250. — v. Keller Pand. §. 215, S. 423, Note 7. Dagegen verlangen sie namentlich: Sintenis gem. Civilr. §. 55, Note 28. — Schmid §. 21, Note 9 und 10.
(*c*) S. jedoch Note *e*.
(*d*) Dagegen Sintenis gem. Civilr. §. 55, Note 27.
(*e*) Nach der Analogie der Erwerbung der Servituten durch Ersitzung und gestützt auf const 12. in f. C. 7. 33, oder auch nach Analogie der Eigenthumsersitzung. S. auch

const. 14. C. 11. 61. und const. 8. §. 1. C. 7. 39. Dagegen sind: Unterholzner Verjährungslehre Bd. 2. §. 239 und viele Andere; dafür z. B. Schmid §. 21, 3.

§. 299.

V. Erlöschung der Emphyteusis.

Die Emphyteusis hört auf: 1. wenn der Gegenstand derselben ganz zu Grunde geht (*a*); 2. wenn sie von Jemanden eingeräumt wurde, der nur widerrufliches oder temporäres Eigenthum hatte, sobald dieses aufhört (*aa*); 3. mit dem Eintritte der Zeit, oder der Bedingung, von welcher ihr Ende abhängig gemacht worden ist; 4. wenn der Emphyteuta sein Recht dem dominus emphyteuseos cedirt (*b*); 5. durch Confusion; 6. durch Verjährung der dinglichen Klage des Emphyteuta (*c*); 7. dadurch, daß der Emphyteuta ohne Successor stirbt (*cc*). Endlich gibt es 8. mehrere Gründe, aus denen dem Emphyteuta die Emphyteusis zur Strafe entzogen werden kann. Dahin gehört: a) wenn er die Sache verdirbt (*d*); b) wenn er bei einer kirchlichen Emphyteusis in zwei, bei einer weltlichen in drei Jahren den Canon nicht bezahlt, oder bei der einen, wie bei der andern, drei Jahre lang mit den öffentlichen Abgaben davon im Rückstande bleibt und dem dominus emphyteuseos die Quittungen darüber nicht aushändigt, wofern über dieß Alles nichts Anderes verabredet ist (*e*); c) wenn er die Sache an einen Dritten verkauft, ohne dem dominus emphyteuseos vorher die Anzeige (§. 296) davon zu machen, oder den Preis unrichtig angibt (*f*). In allen diesen Fällen darf indeß der dominus emphyteuseos den Emphyteuta nicht eigenmächtig vertreiben, sondern er muß die s. g. Privationsklage gegen ihn anstellen (*g*).

(*a*) §. 3. J. 3. 24. (25.) — const. 1. C. 4. 66.

(*aa*) Nach der Regel: resoluto iure concedentis resolvitur ius concessum und arg. fr. 11 §. 1. D. 8. 6. — fr. 105. D. 35. 1. S. oben §. 239.

(*b*) Ob der Emphyteuta das Gut wider den Willen des Eigenthümers aufgeben darf, ist zweifelhaft; man s. indeß const. 3. C. 11. 61.

(*c*) Ueber alle andere Arten der Aufhebung des Verhältnisses durch Verjährung ist Streit. Glück Comm. B. 8. §. 548. — Unterholzner Verjährungslehre B. 2. §. 241. — Schmid §. 24, 7 und die dort angeführten Schriftsteller. Ueber einen Fall s. const. 7. §. 6. C. 7. 39.

(*cc*) Nicht aber, wenn der Fiscus in die bona vacantia succedirt. Fritz im Archiv für civ. Pr. B. 8. S. 295. Note 23. — Sintenis a. a. O. Note 35. A. M. ist z. B. Schmid §. 24, Note 6.

(*d*) Nov. 120. c. 8.

(*e*) const. 2. C. 4. 66. — Nov. 7. c. 3. §. 2.

(*f*) const. 3. C. ibid. — cap. 4. X. 3. 18.

(*g*) Donelli comm. iur. civ. Lib. 9. c. 15.

Fünftes Capitel.

Von der Superficies.

Quellen: Dig. XLIII. 18.

Literatur: Donelli comm. iur. civ. Lib. 9. c. 16–18. — Buri Comm. über das Lehenrecht, herausg. von Runde. Abth. 2. S. 570. — Car. Ant. Lud. Dittmar Diss. de superficiei notione. Lipsiae 1810. — du Roi im Arch. f. civil. Praxis B. 6. S. 386. — Gesterding vom Eigenthum S. 444–456. — v. Buchholtz

jur. Abhandl. Nr. 25. — Büchel civilrechtl. Erört. Nr. 3. S. 56 ff. — Roßhirt Zeitschr. B. 2. H. 3. — Rudorff in der Zeitschr. f. gesch. RW. B. 11. Nr. 7. — V. M. a NIEGOLEWSKY de iure superficiario. Bonn. 1846. — Schmid §. 25—28.

§. 300.

I. Begriff derselben.

Superficies oder superficium heißt im Römischen Rechte alles dasjenige, was sich auf der Oberfläche eines Grundstückes oder eines Gebäudes befindet und mit demselben durch Kunst oder Natur so fest verbunden ist, daß es einen Theil desselben ausmacht, z. B. Häuser, Bäume und Weinstöcke (*a*). Nach den oben (§. 247) vorgetragenen Grundsätzen hat nun der Eigenthümer des Grund und Bodens kraft der s. g. Accession auch das Eigenthum an all' demjenigen, was unter den Begriff von Superficies gehört (*b*); er kann aber auch einem Anderen ein ius superficiarium daran einräumen, wodurch dieser, der Superficiar, fast alle Rechte des Eigenthümers an der Superficies erlangt (*c*). Dabei kann ein Grundzins oder Erbpachtzins (solarium, pensio) verabredet werden, welcher aber hier nichts so Wesentliches ist, wie der Canon bei der Emphyteusis. Gewöhnlich kommt ein solches ius in superficie nur bei Gebäuden auf fremdem Grund und Boden vor, und zuweilen ist nur ein einzelnes Stockwerk Gegenstand der Superficies (*d*).

(*a*) fr. 32. D. 23. 3. — fr. 39. D. 31. — fr. 2. D. 43. 18.

(*b*) GAJUS II. 73—75. — GAJ. epit. II. 1. 4. — fr. 3. §. 7. D. 43. 17. — „semper enim superficies solo cedit." §. 29—31. J. 2. 1. — fr. 2. D. 43. 18.

(*c*) Das prätorische Edict machte das superficiarische Recht durch Gestattung einer utilis rei vindicatio (§. 301, 5.) zu einem dinglichen Rechte. — Dieß ist der zweite Fall, in welchem man früher gewöhnlich ein dominium directum und utile annahm (§. 296, note *a*.)

(*d*) fr. 3. §. 7. D. 43. 17. Ueber die Frage, ob dasselbe auch an Waldungen u. dergl. zulässig sei, s. Schmid S. 61, Note 11 und die dort citirten Schriftsteller.

§. 301.

II. Rechte und Pflichten des Superficiars.

A. Die Rechte des Superficiars sind größtentheils dieselben, wie die des Emphyteuta (*). Er hat also: 1. das volle Benutzungsrecht der Superficies, so weit ihm dieses zugestanden worden ist (*a*); er vererbt 2. sein Recht auf seine Intestaterben, und kann 3. auf jede Art, sowohl unter Lebenden, als auf den Todesfall, darüber disponiren (*b*); auch darf er 4. die Superficies auf die Dauer seines Rechtes verpfänden (*c*) und mit Servituten beschweren (*d*), und hat 5. zur Verfolgung seines Rechtes sowohl eine utilis in rem actio (*e*), als auch zum Schutz im Besitze ein eigenes interdictum de superficiebus (*f*). B. Seine Pflichten bestehen dagegen darin, daß er alle auf der Superficies haftenden und auf dieselbe gelegten Lasten und Abgaben tragen (*g*) und einen Grundzins (solarium) bezahlen muß, wenn ein solcher verabredet ist (*h*). Ein laudemium braucht aber bei der Veräußerung der Superficies nicht bezahlt zu werden. Auch haftet der Superficiar bei der Zurückgabe der Sache nicht für solche Verschlechterungen, welche dieselbe durch Alter oder Zufall ohne seine Schuld erlitten hat.

(*) v. Buchholtz über die Unterschiede zwischen der Emphyteusis und Superficies; in dessen jur. Abhandl. (1833.) Nr. 25.

(*a*) fr. 1. pr. D. 43. 18. — „*ex lege locationis.*"
(*b*) fr. 10. D. 10. 2. — fr. 1. §. 7. D. 43. 18. — Ein ius protimeseos steht dem dominus nicht zu, daher ist der Superficiar auch nicht verpflichtet, demselben von dem vorhabenden Verkaufe Anzeige zu machen.
(*c*) fr. 16. §. 2. D. 13. 7. — fr. 9. §. 1. D. 20. 1. — fr. 15. D. 20. 4.
(*d*) Auch diese beruhen auf prätorischem Rechte und werden durch utiles actiones geltend gemacht. fr. 1. pr. D. 7. 4. — fr. 1. §. 6. 9. D. 43. 18. — v. Buchholtz a. a. O. S. 316. Ueber den Ursprung des superficiarischen Rechtes s. Rudorff in der Zeitschrift für geschichtl. RW. Bd. 11. Nr. 7.
(*e*) fr. 1. §. 3. 4. D. 43. 18. — fr. 74. D. 6. 1. — fr. 12. §. 3. D. 6. 2.
(*f*) fr. 1. pr. D. 43. 18. — fr. 3. §. 7. D. 43. 17. Zur Wiedererlangung des verlorenen Besitzes hat er die gewöhnlichen interd. de vi und de precario. fr. 1. §. 5. D. 43. 16. — fr. 2. D. 43. 26. — v. Savigny vom Besitz §. 47.
(*g*) Nach der bekannten Regel: qui habet commoda, debet ferre onera. fr. 7. §. 2. D. 7. 1.
(*h*) fr. 39. §. 5. D. 30. — fr. 15. D. 20. 4. — fr. 73. §. 1. fr. 74. 75. D. 6. 1.

§. 302.

III. Entstehung und Ende der Superficies.

Ein ius in superficie kann A. erworben werden: 1. durch Vertrag, und zwar a) entweder dadurch, daß der Eigenthümer eines Grundstückes einem Anderen gestattet, auf dem Grundstücke ein Gebäude zu errichten und dasselbe iure superficiario zu besitzen; b) oder so, daß er eine schon vorhandene superficies einem Andern in Erbpacht gibt, oder sie ihm, mit Vorbehalt des Eigenthums am Grund und Boden, veräußert (*a*); c) oder dadurch, daß Jemand sein Grundstück veräußert, aber ohne die superficies, welche er sich vorbehält (*b*); 2. durch letzten Willen (superficies legata), nicht aber auch durch Ersitzung, wenn nicht zugleich der Grund und Boden mit usucapirt wird, wo dann aber freilich von keinem ius in superficie mehr die Rede sein kann (*c*). B. Das ius in superficie hört auf aus denselben Gründen, wie die Emphyteusis, nur daß hier die Grundsätze von der Privation der Emphyteusis (§. 299. Nr. 8.) nicht anwendbar sind (*d*).

(*a*) fr. 73 §. 1. fr. 74. D. 6. 1. — fr. 1. §. 1. D. 43. 18.
(*b*) fr. 44. §. 1, in fin. D. 44. 7. Hier geht zwar das Eigenthum der superficies gleichfalls auf den Käufer des Grundstücks über „superficies transit, quae natura solo cohaeret", aber der Verkäufer behält doch ein ius in superficie.
(*c*) Büchel a. a. O. S. 68 ff. Vergl. fr. 26. D. 41. 3.
(*d*) Im Falle der zweijährigen Nichtbezahlung des solarii leiden allerdings fr. 54. §. 1. fr. 56. D. 19. 2. Anwendung, wonach der Vermiether den Miethvertrag kündigen kann; dies führt aber nicht dazu, daß der Miether die superficies unentgeltlich aufgeben muß. Dieses sagt auch fr. 15. D. 20. 4.

Sechstes Capitel.

Vom Pfandrechte.

Quellen: Pauli sent. rec. Lib. 2. tit. 5. 13. — Dig. XX. — Cod. VIII. 14—35.
Literatur: Ueber das ältere Recht: Fra. Car. Conradi Diss. I. II. de pacto fiduciae. Helmstad. 1732. 1733. et in Ejusd. script. minor. ed. Lud. Pernice, Halae 1823. Vol. 1. p. 177. — C. P. H. Thierbach (pr. Müller) historia iuris civ. de pignoribus. Sect. 1. Lips. 1814. — J. G. Stass de contractu fiduciae. Leod. 1824. — M. F. Minguet Diss. hist. iur. de pignorib. et hypothecis apud Romanos.

Gandav. 1826. — H. A. ZACHARIAE comm. de fiducia, cap. 4. Gothae 1830. — Hugo RG. S. 540 ff. — Danz Lehrb. B. 1. S. 211 ff. — Sintenis Handb. (s. unten) §. 25. — Puchta Inst. B. 2. §. 246 ff. — Rudorff in der Zeitschr. f. geschichtl. RW. B. 13. Nr. 4. — J. J. Bachofen das Röm. Pfandrecht. B. 1. Basel 1847. (Darüber: Keller in Richter's krit. Jahrb. Jahrg. 11. (B. 22.) S. 961 ff. und v. Buchholtz in der Hall. allgem. Lit.-Zeit. 1847. S. 1033 ff.) — v. Keller Grundr. §. 97. — Dernburg Pfandr. (s. unten) §. 1—9. — Walter RG. §. 620 ff. — Ueber das neuere Recht: DONELLI comm. iur. civ. Lib. 9. cap. 20. Ejusd. comment. ad Cod. Lib. 8. tit. 14—35. In oper. T. 9. p. 1009. — Westphal Versuch einer systemat. Erläuterung der sämmtlichen Röm. Gesetze vom Pfandrechte. Leipz. 1770. 3te Ausg. 1800. — J. H. C. ERXLEBEN principia de iure pign. et hypothecarum. Gött. 1779. — F. C. Gesterding die Lehre vom Pfandrechte nach Röm. Rechte. Greifswald 1816 (Heidelberg. Jahrb. 1817, nr. 40.) 2te Ausg. 1831. (S. darüber: Hepp in der Hall. A. L.-Z. 1832. Nr. 61—67.) — Glück Comm. Th. 14. §. 861—875, Th. 18. 19. §. 1076—1105. — K. F. F. Sintenis pfandrechtl. Streitfragen. B. 1. Zerbst 1835. — Desselben Handb. des gemeinen Pfandrechts. Halle 1836. (Darüber: Büchel in Richter's krit. Jahrb. B. 1. S. 97 ff. — Allg. Lit.-Zeit. 1838. März. Nr. 43.) — Unterholzner Lehre von den Schuldverhältnissen. B. 2. §. 767—773. — Rudorff a. a. O. — Heimbach im Rechtslex. B. 8. S. 1 ff. — Bachofen a. a. O. — H. Dernburg das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heut. Röm. Rechts. 1. Bd. Leipz. 1860. (Darüber: v. Scheurl in der krit. Vierteljahrschrift. B. 2. S. 416 ff. und 481 ff. — Kuntze in Schletter's Jahrb. B. 7. S. 10 ff.)

Erster Titel.

Von dem Begriffe, dem Ursprung und der allgemeinen Natur des Pfandrechts.

§. 303.

I. Begriff und Ursprung des Pfandrechts.

Das Pfandrecht (pignus, obligatio rei) ist dasjenige dingliche Recht (*a*), welches einem Gläubiger an einer fremden Sache (*b*) zur Sicherheit seiner Forderung dahin eingeräumt worden ist, daß er die Sache zu seiner Befriedigung nöthigenfalls solle veräußern können. Ein solches ius in re aliena ist dem ältesten Römischen Rechte noch unbekannt. Den Zweck, zu welchem es später eingeführt wurde, suchte man früher bald dadurch zu erreichen, daß man sich eine Sache durch in iure cessio oder mancipatio eigenthümlich übertragen ließ gegen die Verbindlichkeit, sie nach erfolgter Befriedigung auf dieselbe Weise zurückzuübertragen (fiducia) (*c*), bald dadurch, daß man sich nur den Besitz einer Sache einräumen ließ, um ihn zu behalten, bis man befriedigt sei (pignus im engeren Sinne, Faustpfand) (*d*). Der erste dieser Wege war nur bei Sachen zuläßig, die überhaupt mancipirt oder wenigstens in iure cedirt werden konnten, also nicht bei praedia provincialia, und war für denjenigen, der die Sicherheit bestellte, deswegen bedenklich, weil er ihn außer Stand setzte, die Sache mit einer actio in rem einzuklagen. Der zweite gewährte dem Gläubiger, wenn er außer Besitz kam, keine actio in rem, und eben so wenig das Recht der Veräußerung, welches er nur durch besondere Einräumung erlangen konnte (*e*). Im Laufe der Zeit wurde aber eine solche Nebenbestimmung überflüssig (*f*); auch vertraten die interdicta retinendae und recuperandae possessionis, wodurch das prätorische Edikt den Besitz des Faustpfandgläubigers schützte, wenigstens einigermaßen die Stelle einer dinglichen Klage. Wollte der die Sicherheit Stellende den Gegenstand einstweilen in Besitz behalten, so mußte über diesen Punkt ein be-

sonderes Rechtsgeschäft abgeschlossen werden (*g*). Eine wichtige Neuerung war es, daß das prätorische Edikt, wahrscheinlich nach dem Beispiel des Particularrechts in Griechenland und vielleicht in anderen Provinzen, demjenigen, der sich eine Sache ohne Uebertragung von Besitz oder Eigenthum hatte verpfänden lassen (hypotheca), wenigstens in einem Falle eine actio in rem gab (*h*). Diese Klage, deren Gewährung das Recht des Klägers zu einem ius in re aliena machte (*i*), wurde bald auf Hypotheken überhaupt und auf Faustpfänder ausgedehnt (*k*). Ein ähnliches Recht wurde dann auch an unkörperlichen Vermögensstücken zugelassen (§. 305), so wie auch nach und nach neue Entstehungsarten des Pfandrechts aufkamen (*l*). Die mancipatio und in iure cessio sub fiducia blieb auch später noch einigermaßen (*ll*) im Gebrauch (*m*), und zwar wahrscheinlich bis zu der Zeit, wo die in iure cessio und die mancipatio überhaupt abkam. Im Justinianeischen Rechte kommt sie jedenfalls nicht mehr vor.

(*a*) Das Pfandrecht ist zwar gewöhnlich ein dingliches Recht (s. unten Note *i*.), aber doch immer nur dann, wenn eine körperliche Sache den Gegenstand der Verpfändung ausmacht. Bei einer verpfändeten Forderung hat dagegen auch das daran eingeräumte Pfandrecht mehr die Natur einer obligatio. S. §. 305, Nr. 2.

(*b*) An einer eigenen Sache läßt sich kein wahres Pfandrecht denken. fr. 45. pr. D. 50. 17. — fr. 29. D. 13. 7. — fr. 33. §. 5. D. 41. 3. — fr. 9. pr. D. 20. 6. — Vergl. jedoch unten §. 327, Note *c*. — Löhr in s. Mag. B. 4. (2.) S. 73. — Wening-Ingenheim im Arch. f. civil. Prax. B. 6. S. 134. — E. F. G. von Jungenfeldt über das Pfandrecht an eigener Sache. Gießen 1827. — Francke civ. Abhandl. S. 108. (Darüber: Mayer in der Tüb. krit. Zeitschr. B. 2. S. 107 und Zimmern in Schunck's Jahrb. B. 6. S. 39.) — Büchel a. a. O. — Fritz Erläut. B. 1. H. 2. S. 545 ff. — Sintenis Streitfr. Nr. 2. Handb. des P. R. S. 96 ff. — Dessen prakt. gem. Civilr. §. 69, Note 12. — Bachofen a. a. O. S. 86 ff. — v. Keller a. a. O. S. 989—996. — Puchta Vorl. §. 202. — v. Vangerow Pand. §. 392. — Arndts Pand. §. 389.

(*c*) Gaj. II. §. 60. III. §. 201. — Isidori Orig. V. 25. — S. auch: Gaj. IV. §. 33. 62. — Paul. II. 13. §. 1. 6. — Dabei kam eine eigenthümliche Art der usucapio vor, usu receptio genannt. Gaj. II. §. 60. III. §. 201.

(*d*) §. 4. J. 3. 14. (3. 15.) — fr. 9. §. 2. fr. 35. §. 1. D. 13. 7. — Neben dem gegebenen Faustpfande und vielleicht schon vor demselben kam auch ein einseitig genommenes, pignus captum, vor, welches ähnliche Wirkungen hatte. Die pignoris capio stand in der ältesten Zeit theils den höheren Obrigkeiten gegen ungehorsame oder in Erfüllung ihrer Pflichten gegen den Staat säumige Personen, Puchta Inst. §. 79, theils gewissen begünstigten Gläubigern gegen ihre Schuldner (§. 190, Note *p*) zu.

(*e*) Gaj. II. §. 64.

(*f*) Gaj. l. c.

(*g*) Dies war häufig ein precarium, zuweilen auch ein Miethcontract. Solche Geschäfte kamen sowohl bei der fiducia vor, als bei dem eigentlichen pignus. Gaj. II. §. 60. — fr. 6. §. 4. D. 43. 26.

(*gg*) Ueber diesen Punkt und besonders über die Regeln des attischen Pfandrechtes s. Dernburg S. 67 ff.

(*h*) Theophil. ad §. 7. J. 4. 6.

(*i*) fr. 30. D. 9. 4. — fr. 19. pr. D. 39. 2. Die Eigenschaft des gewöhnlichen Pfandrechts als dingliches Recht wird in neuerer Zeit auf verschiedene Weise bestritten. Büchel civilr. Erört. B. 1. Nr. 2. — Mühlenbruch Pandektenr. §. 299. — Sintenis pfandrechtl. Streitfr. S. 4. — Ders. im Handb. des Pfandr. §. 2. — Vangerow Pand. §. 363. — Sintenis prakt. gem. Civilr. §. 67, Note 2. — Bachofen a. a. O. S. 82 ff. — Gegen diese Schriftsteller s.: Puchta Pand. §. 176. — Schilling Instit. B. 2. §. 204. — Roßhirt gemein. Civilr. B. 2. §. 299. — Puchta Inst. B. 2. §. 249, Note *c*. — Lang im Arch. für civil. Pr. B. 28. Nr. 14. S. 352 ff. — Keller a. a. O. S. 988—898. — Ders. in den Pand. S. 380 ff. Note 1. — Dernburg §. 12 u. 13. Ueber den Sinn der für das Pfandrecht üblichen Römischen Ausdrücke pignoris obligatio u. s. w. s. außer den an=

geführten Schriftstellern: Brinz Pand. B. 1. §. 82. — v. Scheurl in der krit. Vierteljahrsschr. B. 2. S. 435 ff. — Ferd. Regelsberger zur Lehre vom Altersvorzug der Pfandrechte. Erl. 1859. S. 15 ff.

(*k*) Später wurde sie noch weiter ausgedehnt. S. darüber überhaupt unten §. 325.

(*l*) S. unten §. 308, 311 ff.

(*ll*) Jedoch wohl nur in Italien. Dernburg S. 94.

(*m*) S. namentlich noch die const. 9. C. Th. 15. 14. von Honorius aus dem J. 395.

§. 304.

II. Bedingungen eines jeden Pfandrechts. A. Eine Forderung.

Das Pfandrecht ist seiner Natur nach ein bloßes accessorisches Recht; es setzt nämlich immer eine Forderung voraus, zu deren Sicherheit es dienen soll (*a*). Von welcher Art übrigens diese Forderung ist, ob civilis oder blos naturalis obligatio, worauf sie gerichtet ist, gegen wen sie zusteht, ob sie bereits vorhanden ist oder erst entstehen soll, ist einerlei (*b*); die Wirksamkeit des Pfandrechtes richtet sich jedoch in der Regel nach der Wirksamkeit der Forderung, für welche es bestellt worden ist (*c*).

(*a*) fr. 5. fr. 25. D. 20. 1. — const. 1. 2. C. 8. 33. — Thibaut civ. Abh. nr. 14. — Seuffert Erört. Abth. 2. nr. 17. — Gesterding Pfandrecht §. 3, 4. Ueber die blos accessorische Natur des Pfandrechts s. man insbesondere: Fr. J. Haas über das Repartitions-Princip der Staatsschulden bei Länderzerstückelungen, über die Natur der Hypotheken und über die der Lehre von den Hypotheken anzuweisende Stelle im Rechtssystem. Bonn 1831.

(*b*) fr. 5. pr. §. 2. D. 20. 1. — fr. 9. §. 1. D. 13. 7. — fr. 14. §. 1. D. 20. 1. „Ex quibus causis naturalis obligatio consistit, pignus perseverare constat." const. 2. C. 8. 31. „Intelligere debes, vincula pignoris durare, personali actione submota." Diese letztere Stelle wird übrigens sehr verschieden erklärt. Man s. darüber: Mühlenbruch Cession 3te Ausg. S. 333. — Schweppe Pandekten-Recht B. 1. S. 379. — Linde Lehrb. des Proc. §. 156, Note 12, am E. — Francke civ. Abh. S. 78. — Löhr im Arch. für civil Pr. B. 10. S. 82. — Guyet ebendas. B. 11. S. 88. — v. Buchholtz jur. Abh. S. 390. S. auch unten §. 328, Note a.

(*c*) fr. 2. D. 20. 3. — fr. 33. D. 20. 1. (Darüber: Göschen Grundr. S. 162.) Näheres bei Dernburg Pfandr. §. 73 u. 74. Ueber die Wirksamkeit des Pfandrechts für eine obligatio naturalis sind indeß die Ansichten sehr verschieden. S. Weber von der natürl. Verbindl. §. 103—111. — Seuffert Erört. Bd. 2. Nr. 18. — Reinhardt Lehre von der natürlichen Verb. §. 115. — Francke a. a. O. S. 65—128. (Darüber: Mayer in der Tüb. krit. Zeitschr. für RW. B. 2. S. 95.) — Roßhirt Zeitschr. B. 1. H. 2. Nr. 1. — Büchel civilrechtl. Erört. B. 2. H. 1. — Sintenis Handb. §. 10. — Kattenhorn die Intercession der Weiber. Cap. 8. — Roßhirt Zeitschr. B. 2. H. 3. — v. Vangerow Pand. §. 364. — Huschke in Linde's Zeitschr. B. 20. S. 146. — Dernburg Pfandr. §. 72.

§. 305.

B. Eine fähige Sache.

Gegenstand des Pfandrechts können alle Sachen sein, die dem Gläubiger Sicherheit gewähren und veräußert werden können (*a*). Unter dieser Voraussetzung können sowohl körperliche Sachen aller Art, als auch unkörperliche Sachen giltig verpfändet werden. So viel nun in Ansehung der letzteren insbesondere: 1. die Servituten betrifft, so kann der *usus fructus* nicht blos vom Eigenthümer der Sache dem Gläubiger pfandweise an derselben eingeräumt werden (*b*), sondern es kann auch der Usufructuar den ihm zustehenden usus fructus verpfänden, in welchem Falle sich aber der Gläubiger nicht an das Recht des Nießbrauchs selbst, sondern immer nur an die Vortheile, die

es gewährt, und auch an diese nur so lange halten kann, als das Recht des Verpfänders dauert (*c*). Bestehende Prädial-Servituten können dagegen nicht ohne das herrschende Grundstück verpfändet (*d*), wohl aber kann eine servitus rustica, nicht auch eine urbana, vom Eigenthümer eines Grundstücks seinem Gläubiger pfandweise bestellt werden, und zwar mit der Wirkung, daß der Gläubiger, wenn er nicht befriedigt wird, die ihm eingeräumte Servitut einem andern Nachbar verkaufen darf (*e*). 2. Wenn eine Forderung verpfändet ist, so geht das Pfandrecht darauf, daß der Gläubiger, wenn er nicht befriedigt wird, die Forderung entweder zu veräußern oder mit einer utilis actio in eigenem Namen einzuklagen berechtigt ist. Macht alsdann eine Geldsumme den Gegenstand der verpfändeten Forderung aus, so behält er davon so viel, als zu seiner Befriedigung erforderlich ist; ist dagegen eine körperliche Sache Gegenstand der Forderung, so erhält er diese pignoris loco (*f*). 3. Endlich kann auch ein Gläubiger das ihm bestellte Pfand weiter verpfänden, wo alsdann bei der Befriedigung aus der verpfändeten Sache der creditor creditoris vor diesem den Vorzug hat (*g*).

(*a*) fr. 9. §. 1. D. 20. 1. (Ueber diese Stelle s. auch: Huschke in Linde's Zeitschr. B. 20. S. 181.) Ueberhaupt: Dig. XX. 3. — Cod. VIII. 17. — Glück Comm. B. 19. §. 1091.

(*b*) fr. 11. §. 1. fr. 15. pr. D. 20. 1. — Hepp im Arch. f. civ. Prax.. B. 13. S. 343. B. 15. S. 79.

(*c*) fr. 11. §. 2. fr. 15. pr. D. 20. 1. — fr. 8. pr. D. 20. 6.

(*d*) fr. 16. D. 8. 1. — fr. 44. D. 19. 2. — Greg. Majansii Disp. iur. civ. T. 1. disp. 4.

(*e*) fr. 11. §. 3. fr. 12. D. 20. 1. — Gesterding Pfandrecht S. 75. Das fr 12. cit. wird indeß sehr verschieden erklärt. S. darüber: Glück Comm. B. 14. S. 24. B. 19. S. 207. — J. Dernburg Beitr. zur Gesch. der Röm. Testamente. S. 144, 150. — Hepp a. a. O. B. 13. S. 349. — Büchel civilrechtl. Erört. B. 1. Nr. 3. S. 73 ff. 2. Aufl. S. 360 ff. — Sintenis Handb. §. 21. — v. d. Pfordten im Arch. f. civ. Pr. B. 22. S. 25. (Sintenis in Richter's krit. Jahrb. B. 14. S. 979.) — Ed. Zachariä v. Ling. Untersch. zwischen serv. rust. u. urb. S. 31—58. (Rudorff in Richter's Jahrb. Jahrg. 8. B. 15. S. 322 ff.) — Lang im Arch. f. civil. Pr. Bd. 29. S. 307 ff. — R. Schmid in Linde's Zeitschr. n. F. Bd. 5. S. 324 ff. — Vangerow Pand. 6. Aufl. §. 367. — Elvers Servituten §. 38. — J. Dernburg Pfandr. §. 63. — v. Keller in Bekker's Jahrb. B. 2 Nr. 4. — Dess. Pand. S. 384 ff.

(*f*) fr. 18. pr. D. 13. 7. — fr. 20. D. 20. 1. — const. 4. C. 8. 17. — const. 7. C. 4. 39. — const. 2 C. 4. 15. — Gesterding über die Schuldverbindlichkeit als Object des Pfandrechts. Greifswald 1812, und Pfandr. S. 76. — J. H. Bohn de nominis pignore. Gött. 1818. — E. Th. Gaupp de nominis pignore. Berol. 1820. — P. E. Huschke de pignore nominis. Gött. 1820. — Mühlenbruch von der Cession. 3te Ausg. S. 189 ff. S. 519 ff. — Pfeiffer praktische Ausführ. B. 1. Nr. 1. — Trotsche das Verpfändungsrecht des Pfandgläubigers. Güstrow 1834. — Sintenis pfandrechtl. Streitfr. S. 12 ff. — Dessen Handb. S. 137 ff. — Buchka de pignore nominis. Rost. 1843. (Richters krit. Jahrb. B. 15. S. 86 ff.) — Dernburg Pfandr. §. 60.

(*g*) fr. 13. §. 2. D. 20. 1. — const. 1. 2. C. 8. 24. Die Ansichten über das pignus pignori datum sind verschieden. Vergl.: Hepp a. a. O. B. 13. S. 350. B. 15. S. 86. — Löhr ebendas. B. 14. S. 162—164. — Mühlenbruch von der Cession 3. Aufl. S. 332 ff. — Trotsche a. a. O. — Sintenis pfandrechtl. Streitfr. S. 33 ff. — Dessen Handb. S. 674. — E. Hoffmann in s. und Fuhr's Vers. Nr. 5. — v. Vangerow Pand. §. 368, Anm. 2. — Sintenis prakt. Civilr. §. 70, C. — Huschke in Linde's Zeitschr. B. 20. S. 221 ff. — Dernburg Pfandr. §. 61. (v. Scheurl in der angef. Rec. S. 491—493.)

§. 306.

III. Umfang des Pfandrechts.

Das Pfandrecht ist seinem Gegenstande und Umfange nach entweder ein allgemeines (p. generale), oder ein besonderes (p. speciale) (*a*). A. Ein pignus generale s. hypotheca omnium bonorum ist, wenigstens nach Röm. Rechte, nur dann vorhanden, wenn das gesammte Vermögen des Schuldners verpfändet ist. Ein solches generelles Pfandrecht geht alsdann, wenn nicht ausdrücklich etwas Anderes verabredet ist, auch auf das künftige Vermögen, was der Verpfänder erst nach der Verpfändung erwirbt, und dabei haftet das Pfandrecht auf allen zu dem verpfändeten Vermögen gehörigen Sachen jeder Art und Gattung, wie wenn sie alle einzeln genannt und speciell verpfändet worden wären, weshalb auch die einzelnen Sachen beim dritten Besitzer in Anspruch genommen werden können (*b*). B. Ein pignus speciale ist vorhanden: 1. wenn eine oder mehrere einzelne Sachen, als Einzelnheiten, verpfändet sind. Hier haftet das Pfandrecht auf jeder einzelnen Sache und geht mit dieser auf jeden neuen Erwerber derselben über (*bb*). 2. Wenn eine Mehrheit von Sachen als Ganzes, als universitas rerum, verpfändet worden ist (*c*). Dahin zählt man gewöhnlich (*cc*) auch den Fall der Verpfändung eines Waarenlagers (taberna). Da die Bestandtheile eines solchen seiner Bestimmung nach einem fortwährenden Wechsel und Handel unterworfen sind, so wird Alles, was einzeln daraus verkauft wird, frei vom Pfandrechte (*d*). Dagegen wird Alles dem Pfandrechte unterworfen, was später hinzukommt, sei es durch Erzeugung oder durch Ankauf. Dieß Letztere gilt jedoch nur so lange, als sich das verpfändete Waarenlager im Besitze des Verpfänders selbst befindet; denn sobald es an den Erben desselben kommt, so haften zwar noch alle Stücke, die um diese Zeit dem Pfandrechte unterworfen sind, und was davon erzeugt wird, nicht aber auch die vom Erben neu angeschafften Stücke, und beim dritten Singular-Successor auch nicht einmal die seitdem davon erzeugten Stücke (*e*). 3. Wenn blos ein Theil eines ganzen Vermögens, sei es pars quanta oder quota, verpfändet ist (*f*) C. Zuweilen wird neben einer einzelnen bestimmten Sache noch das ganze übrige Vermögen verpfändet, wo sich alsdann der Gläubiger zunächst an jene Sache halten muß, wenn er sich nicht ausdrücklich die Wahl vorbehalten hat (*g*). Sind dagegen mehrere einzelne Sachen speciell verpfändet, so hat, wenn nichts Anderes verabredet ist, der Gläubiger regelmäßig die Wahl, an welche er sich zuerst halten will (*h*).

(*a*) Gesterding Pfandr. §. 8—10. Ueber die Begriffe von pignus speciale und generale sind die Ansichten sehr verschieden. Man sehe: Ge. Alb. Merz (praes. Schrader) de vera indole divisionis hypothecarum in generales et speciales. Tübing. 1818. — Zimmern Röm. rechtl. Unters. B. 1. S. 296. Dagegen: C. L. Caplik de generalis specialisque hypothecae discrimine. Gött. 1820. Ferner: C. J. A. Baumbach Vertheidigung einer Florentinischen Lese-Art in L. 2. D. qui potiores sunt in pignore. Jena 1820. — H. C. Hofmann über den Einfluß allgemeiner Pfandrechte auf die einzelnen Sachen des Schuldners. Darmstadt 1830. (Darüber: A. v. Buchholtz in der Hall. allg. Lit.-Zeit. 1831. Erg.-Bl. Nr. 82.) — Roßhirt in s. Zeitschr. für Civil- und Crim.-R. H. 1. S. 1. — Sintenis Handb. S. 841 ff. — Puchta Inst. §. 250, Note *k*. — v. Vangerow Pand. §. 369, Anm. 1. — Dernburg Pfandr. B. 1. S. 503.

(*b*) fr. 1. pr. fr. 15. §. 1. fr. 34. §. 2. D. 20. 1. — fr. 4. pr. D. 20. 6. — const. 9. C. 8. 17. — const. 8. §. ult. C. 5. 9. — Baumbach im Arch. für die civ. Prax. B. 4. S. 31, 418. — A. M. sind: Hagemann prakt. Erört. B. 6. nr. 98 und

v. Bülow Abh. über Materien des Röm. Rechts. Th. 1. nr. 1. S. dagegen aber: Kapff merkw. Civilrechtssprüche B. 1. Nr. 71. — Seuffert Erört. B. 2. Nr. 19. — von Langenn u. Kori Erört. Th. 1. Nr. 10. — Sintenis Handb. S. 490 ff. — v. Vangerow Pand. §. 369, Anm. 1 am E. — Dernburg Pfandr. B. 1. S. 509 ff. Vergl. auch: S. P. Gans Zeitschr. B. 1. Nr. 28, und Roßhirt a. a. O.

(*bb*) fr. 18. §. 2. D. 13. 7. — const. 12. C. 8. 28. — const. 15. C. 8. 14. Was aber für die verkaufte Sache wieder angeschafft worden ist, das ist nicht verpfändet. fr. 7. in fin. D. 20. 4. — const. 3. C. 8. 15.

(*c*) Sintenis Handb. S. 465 ff. — Huschke in Linde's Zeitschr. B. 20. S. 252 ff. Vergl. S. 199. — Dernburg Pfandr. §. 59. (v. Scheurl a. a. O. S. 489 ff.)

(*cc*) Dagegen: Huschke a. a. O. S. 199.

(*d*) fr. 34. pr. D. 20. 1. — Zimmern in Linde's Zeitschr. B. 1. S. 49. — Sintenis a. a. O. — Huschke a. a. O.

(*e*) fr. 13. pr. fr. 26. §. 2. fr. 29. pr. §. 1. D. 20. 1. — const. 3. C. 8. 15. A. M. ist Roßhirt a. a. O. S. 9.

(*f*) Z. B. const. 1. C. 6. 43. — Nov. 108. c. 2. — Löhr im Arch. für civil. Prax. B. 4. S. 208.

(*g*) fr. 15. §. 1. D. 20. 1. — const. 9. C. 8. 28. — const. 2. C. 8. 14. — Jo. Chph. Koch Diss. de concursu hypothecae specialis et generalis. Giess. 1782. — Weber Vers. über das Civilrecht. B. 2. S. 177. — Glück Comm. B. 18. S. 235. — Gesterding Pfandr. S. 345. — Caplik l. c. pag. 73. — Hepp im Arch. f. civil. Pr. B. 9. S. 368. — Zimmern in Linde's und Marezoll's Zeitschrift Bd. 1. S. 47. — von Schröter ebendas. B. 1. S. 327. — Elvers allg. jurist. Zeitung von 1829. Nr. 83. und von 1830. Nr. 26. — Thibaut im Arch. f. civ. Pr. B. 17. Nr. 1. — Sintenis Handb. S. 494 ff. — v. Vangerow Pand. §. 389, Anm. 2, lit. a.

(*h*) fr. 8. D. 20. 5. Vergl. Guyet im Arch. f. civ Pr. B. 18. S. 365 ff. — Sintenis Handb. S. 471 ff. — Roßhirt Zeitschr. B. 2. S. 406 ff. — Arnold prakt. Erört. H. 2. Nr. 9. S. 171 ff. — v. Vangerow a. a. O. S. 1015.

Zweiter Titel.

Von der Entstehung des Pfandrechts.

§. 307.

I. Durch Privatwillkühr. A. Erfordernisse.

Ein Pfandrecht kann entstehen durch Privatwillkühr. Ein solches kann nur derjenige einräumen, welcher den zu verpfändenden Gegenstand als Eigenthümer oder auf andere Weise (*) in seinem Vermögen hat (**); unter dieser Voraussetzung kann er aber auch den Gegenstand sowohl für seine eigene, als für eine fremde Schuld verpfänden (*a*). Dem Miteigenthümer ist es erlaubt, seinen Antheil an der Sache zu verpfänden (*b*) und selbst die einem Anderen zugehörige Sache kann man, wenn der Eigenthümer derselben in die Verpfändung einwilligt (*c*), oder sie nachher genehmigt (*d*), oder auf den Fall, daß man selbst Eigenthümer derselben wird, giltig verpfänden (*e*). Auch wird aus der Verpfändung einer fremden Sache eine utilis actio gegeben, wenn der Verpfänder in der Folge Eigenthümer wird (*f*). Ob dieses auch im umgekehrten Falle zu geschehen habe, wenn der Eigenthümer nachher Erbe des Verpfänders wird, ist zwar streitig, doch verdient die bejahende Meinung den Vorzug (*g*). Wenn übrigens die Veräußerung einer Sache an eine gewisse Form gebunden ist, so muß diese Form auch bei der Verpfändung der Sache beobachtet werden (*h*).

(*) Z. B. die Forderung als Gläubiger, den Usufruct als Usufructuar. Auch derjenige gehört hierher, welchem die Publiciana actio gestattet ist. Der Gläubiger kann nämlich

sein Pfandrecht gegen die nämlichen Personen geltend machen, gegen welche der Verpfänder die Publiciana anstellen könnte. fr. 18. fr. 21. §. 1. D. 20. 1.

(**) fr. 3. pr. fr. 9. fr. 15. §. 1. D. 20. 1. — fr. 23. D. 22. 3. — const. 5. 6. C. 8. 16. — Huschke in Linde's und Marezoll's Zeitschr. B. 20. S. 176 ff. Vergl. Gesterding §. 12. Die Verpfändung durch Vertrag kann auch durch einen Stellvertreter geschehen. Sintenis Handb. S. 221 ff. — Huschke S. 218 ff. — Dernburg Pfandr. §. 27. Streitig ist es, ob der Emphyteuta (§. 296, Note *e.*) und der Superficiar (§. 301, Note *c.*) den Gegenstand seines dinglichen Rechtes oder dieses selbst verpfänden darf. Büchel civilrechtl. Erört. B. 1. S. 122 ff. 2. Aufl. S. 414 ff. — Sintenis Handb. S. 134 ff. — Roßhirt Zeitschr. B. 2. H. 3. S. 402. — Rudorff in der Zeitschr. f. geschichtl. R. W. B. 11. S. 235. — Arndts in Linde's Zeitschr. n. F. B. 3. S. 285. — Dernburg §. 26. S. 218 ff. — Dieselbe Streitfrage wiederholt sich bei dem Pfandrecht, welches der Pfandgläubiger bestellt. (§. 305, Note *g.*)

(*a*) fr. 5. §. 2. D. 20. 1.

(*b*) const. un. C. 8. 21. — fr. 3. §. 2. D. 20. 4. — fr. 7. §. 4. D. 20. 6. — Westphal Pfandrecht §. 108.

(*c*) Welches stillschweigend auch dann geschieht, wenn er sich für den Verpfänder verbürgt, fr. 5. §. 2. D. 20. 2. Der Einwilligung steht es gleich, wenn er arglistig zur Verpfändung seiner Sache schweigt. fr. 41. in fin. D. 13. 7. — const. 2. C. 8. 16.

(*d*) fr. 20. pr. D. 13. 7. — fr. 16. §. 1. D. 20. 1.

(*e*) fr. 16. §. 7. D. 20. 1. M. S. Mayer über die Verpfändung einer fremden Sache; im Arch. für civ. Prax. B. 9. S. 246. Darüber Schrader in der Tüb. krit. Zeitschr. B. 2. S. 65. Dagegen: Müller im Arch. für civ. Prax. B. 11. S. 392. und dagegen wieder: Mayer in der Tüb. krit. Zeitschr. B. 5. S. 357. Vergl. auch: Puchta in Schunck's Jahrb. B. 5. S. 295. — Löhr im Arch. für civ. Prax. B. 14. S. 165. Note 13. — Huschke a. a. O. S. 195 ff. — Dernburg §. 28 ff.

(*f*) fr. 41. D. 13. 7. — const. 5. C. 8. 16. Dabei wird jedoch vorausgesetzt, daß der Gläubiger bei der Verpfändung in bona fide war, denn sonst erlangt er nur ein Retentionsrecht. fr. 1. pr. in fin. D. 20. 1. S. auch Huschke S. 235 ff. Ueber fr. 9. §. 3. D. 20. 4. vergl. die in der Note *e* citirten Abhandlungen von Mayer, Müller und v. Löhr, ferner: Hepp in Roßhirt's Zeitschr. B. 1. S. 374 ff. — v. Vangerow Pand. §. 372. Anm. 2. unter c. — Trotsche in Linde's Zeitschr. B. 18. S. 84 ff. — Huschke a. a. O. S. 239 ff. — Windscheid in Linde's Zeitschr. n. F. B. 3. S. 424 ff. — Bachofen Pfandr. B. 1. S. 545 ff. — Arndts Pand. §. 371. Anm. 1. — Dernburg §. 31. S. 261—265.

(*g*) fr. 41. D. 13. 7. vergl. mit fr. 22. D. 20. 1. Man s. darüber: Gesterding Pfandr. S. 110. — Glück Comm. B. 14. S. 32 ff. — Mayer und Müller a. a. O. — Büchel civilrechtl. Erört. B. 1. H. 2. S. 15. Note 30. — Sintenis pfandrechtl. Streitfr. S. 99 ff. Dessen Handb. S. 91. — G. C. Mueller comm. ad L. 22. D. de pignorib. et L. 41. D. de pigner. act. Kil. 1838. — v. Vangerow §. 372. Anm. 2. — Huschke a. a. O. S. 243, welcher in fr. 22. cit. „sed *nec* utilis" liest und so zu dem entgegengesetzten Resultat kommt. — Bachofen a. a. O. S. 548. — Windscheid S. 439. — Brinz Pand. B. 1. S. 301. — v. Keller Pand. §. 193. Note 11. — Dernburg S. 265 ff. — Für die bejahende Meinung läßt sich außer fr. 22. cit. besonders auch die Analogie von const. 5. C. 8. 16. und const. 14. C. 3. 32. geltend machen.

(*h*) fr. 1—3. D. 27. 9. — const. 22. C. 5. 37. — const. 2. C. 5. 70. — const. 1. C. 5. 71.

§. 308.

B. Art der Entstehung.

Ein freiwilliges Pfandrecht kann entstehen: 1. durch Vertrag. Zur Erwerbung des Pfandrechts reicht die bloße Uebereinkunft hin, auch wenn es nicht auf eine Hypothek (pactum hypothecae), sondern auf ein Faustpfand abgesehen ist; nur zur Begründung der gegenseitigen persönlichen Klagen aus dem Pfandcontract (contractus pigneratius) ist Uebergang des Besitzes erforderlich (*a*). 2. Durch letztwillige Verordnung (*b*), wo das Pfandrecht im Augenblicke der Erwerbung der Erbschaft erworben wird (*bb*). Die Absicht des Verpfänders, eine Sache verpfänden zu wollen, kann übrigens in

dem einen wie in dem anderen Falle entweder ausdrücklich oder stillschweigend erklärt sein. Das Letztere ist der Fall, wenn der Verpfänder solche Handlungen vornimmt, die keine andere Auslegung zulassen, als die Absicht, eine Sache verpfänden zu wollen (*c*).

(*a*) §. 7 in fin. J. 4. 6. — fr. 1. pr. D. 13. 7. — fr. 4. D. 20. 1. — Vergl. Gesterding Pfandrecht §. 15—17. — Sintenis Handb. S. 229 ff. — Seuffert Pandektenrecht §. 197. — Dernburg §. 22. S. 183.

(*b*) Musset de iure pignoris legato. Spec. 1. 2. Heidelb. 1810. 1811. — Roßhirt Vermächtnisse B. 2. S. 209 ff. — Dernburg §. 34. Ueber die Geschichte dieses Vermächtnisses (auch über fr. 12. D. 34. 1., fr. 9. D. 33. 1, fr. 26. D. 13. 7 und const. 1. C. 6. 43. v. „Quum enim" etc.) s. Dernburg §. 33.

(*bb*) Viele behaupten, im Augenblick des Todes des Erblassers. S. aber Dernburg a. a. O. S. 289 ff.

(*c*) Dernburg §. 22. S. 183 ff. Z. B. fr. 5. §. 2. D. 20. 2. — const. 2. 9. C. 8. 17. Nicht aber auch const. 5. C. 4. 65. S. darüber: Weber Versuche über das Civilrecht nr. 2. — Seuffert Erört. B. 2. nr. 22. — Das stillschweigende Conventional-Pfandrecht ist nicht zu verwechseln mit demjenigen, welches bei den Römern pignus tacitum heißt (§. 312).

§. 309.

C. Zeitpunkt des Anfangs (*a*).

Das Conventionalpfandrecht beginnt in der Regel mit dem Augenblicke der Verpfändung (*b*). Das testamentarische Pfandrecht wird immer erst im Augenblicke der Erwerbung der Erbschaft wirksam, wenn auch die Schuld schon früher existirt haben sollte.

(*a*) Car. Ferd. Theod. Hepp Diss. qua inquiritur ex quo tempore hypotheca bona debitoris afficiat. Lips. 1825. (S. darüber Zimmern in Schunck's Jahrb. der jur. Lit. B. 2. S. 246. — Dagegen: Mayer in der Tüb. krit. Zeitschr. für RW. B. 2. S. 71. und dagegen wieder: Hepp im Arch. für civ. Pr. B. 10. S. 245.) — A. de Buchholtz qui potiores sunt in pignore. Regiom. 1829. p. 57 seq. — Sintenis Handb. S. 355 ff. — Huschke in Linde's Zeitschr. B. 20. Nr. 5. S. 145 ff. — Ferd. Regelsberger zur Lehre von dem Altersvorzug der Pfandrechte. Erl. 1859. (Darüber: Fitting in Pözl's krit. Vierteljahrschrift. Bd. 1. S. 71 ff.)

(*b*) Ueber den Fall, wenn in diesem Augenblicke die Schuld noch nicht existirt, s. besonders: fr. 1. fr. 9. fr. 11. fr 12. §. 2. D. 20. 4. — fr. 4. D. 20. 3. Die Ansichten der Schriftsteller sind verschieden. Außer den in der Note *a* citirten s.: Glück Comm. B. 19. S. 232 ff. — Heise und Cropp jur. Abh. B. 2. Nr. 15. — v. Vangerow Pand. §. 372. Anm. 3. — Windscheid im Arch. f. civ. Praxis B. 35. S. 51 ff. — Dernburg Pfandr. §. 68 ff. — v. Scheurl a. a. O. S. 497 ff. Ueber den Fall, wenn der Verpfänder das Eigenthum erst nach der Verpfändung erwirbt, s.: fr. 1. pr. D. 20. 1. — fr. 3. §. 1. fr. 7. §. 1. D. 20. 4. — Gesterding Pfandr. S. 83. 248 ff. — Sintenis Handb. S. 86 ff. — Hepp in Roßhirt's Zeitschr. B. 1. H. 3. S. 348 ff. — Regelsberger a. a. O. S. 64 ff. — Fitting a. a. O. S. 87 ff. — Dernburg §. 29 ff. — v. Scheurl a. a. O. S. 450 ff.

§. 310.

D. Forderungen, für welche es haftet.

Wenn die Verpfändung schlechthin erfolgt, so haftet das Pfand nicht blos für die Capitalschuld, sondern auch für die Verzugszinsen, für die vom Gläubiger aufgewandten Proceßkosten und die ihm zu ersetzenden Verwendungen auf das Pfand (*a*); für die vertragsmäßigen Zinsen und die Conventionalstrafe aber nur insofern, als sie zur Zeit der Verpfändung bereits bedungen waren, nicht auch für die erst später bedungenen (*b*). Geht dagegen die Ver-

pfändung ausdrücklich nur auf das Capital, oder nur auf die Zinsen, oder nur auf einen Theil der Schuld, so haftet das Pfand auch nur für das, wofür es verpfändet ist (*c*).

(*a*) fr. 8. pr. §. 5. D. 13. 7. — const. 6. C. 8. 14. — fr. 13. §. 6. D. 20. 1. — Gesterding Pfandr. §. 5. — Sintenis Handb. §. 48. — Dernburg Pfandr. §. 76. — v. Scheurl a. a. O. S. 507.

(*b*) arg. fr. 54. pr. D. 19. 2. vergl. mit const. 4 C. 4. 32. — Weber Versuche über das Civilrecht S. 151. — Seuffert Erört. B. 2. nr. 23. — Sintenis a. a. O. — Dernburg a. a. O. — v. Scheurl a. a. O.

(*c*) fr. 11. §. 3. D. 13. 7. — fr. 5. §. 1. D. 20. 2.

§. 311.

II. Durch obrigkeitliche Verfügung.

Ein Pfandrecht kann auch wider den Willen des Eigenthümers der Sache durch obrigkeitliche Verfügung entstehen, und zwar auf zweifache Weise, nämlich: A. durch die vom Prätor erkannte missio in possessionem (§. 179, 5.) (*) und die darauf erfolgte Besitzergreifung (*a*). Dahin gehört insbesondere: 1. die missio damni infecti causa, zur Sicherheit wegen eines durch den Einsturz eines nachbarlichen Gebäudes zu befürchtenden Schadens (*b*); 2. die missio legatorum servandorum causa, zur Sicherheit eines künftig auszuzahlenden Vermächtnisses (*c*); 3. die missio ventris nomine, d. i. Einweisung der schwangern Wittwe des Erblassers in den Besitz der Erbschaft zur Erhaltung des postumus (*d*), und endlich 4. die missio rei servandae causa zur Sicherheit der Gläubiger (*e*). Das durch solche prätorische Immissionen begründete Pfandrecht heißt praetorium pignus (*f*). B. Durch pignoris capio (*ff*), wenn der Prätor dem Ungehorsamen im Proceß, theils um ihn zu zwingen, theils zur Strafe, Sachen wegnehmen (*g*), oder wenn er den rechtskräftig Verurtheilten zur Vollstreckung der Sentenz auspfänden läßt. Dies Letztere (*h*) heißt pignus in causa iudicati captum (*i*). Die Neueren nennen es pignus iudiciale.

(*) Vorausgesetzt, daß sie auf bloße Detention geht. Dernburg Pfandr. §. 51.

(*a*) fr. 26. D. 13. 7. — fr. 3. §. 1. D. 27. 9. — Gesterding Pfandr §. 22. — Sintenis Handb. §. 37. S. 376 ff. — Näher erörtert wird das praetorium pignus bei Bachofen das Röm. Pfandr. S. 280—480, wo S. 280 - 424 die einzelnen missiones in poss. durchgegangen werden und dann S. 425 ff. das dadurch entstehende Pfandrecht besprochen wird. Sodann bei Dernburg Pfandr., wo §. 51 die hieher gehörigen Missionsfälle und § 52 den pfandrechtlichen Charakter der Missionen bespricht.

(*b*) Dig. 39. 2. S. unten §. 484.

(*c*) Dig. 36. 4. — Cod. 6. 54.

(*d*) Dig. 37. 9. Provisorische Einweisungen des zur Erbschaft Gerufenen selbst sollen nach Dernburg §. 51 juristischen Besitz gewähren und nicht hieher gehören.

(*e*) Näheres darüber unten in der Lehre von den Forderungen.

(*f*) fr. 12. D. 41. 4. — Cod. 8. 22.

(*ff*) Nicht auch durch adjudicatio, Dernburg §. 21. S. 177.

(*g*) Cic. Philipp. I. c 5. de orat. III. c. 1. — Liv. III. c. 38. — §. 3. J. 1. 24. — fr. 1. §. 3. D. 25. 4. — fr. 9. §. ult. D. 48. 13.

(*h*) Durch ein Rescript von Antoninus Pius eingeführt. fr. 31. D. 42. 1.

(*i*) fr. 31. 58. D. 42. 1. — fr. 50. 74. §. 1. D. 21. 2. — fr. 10. D. 20. 4. — Cod. 8. 23. — 7. 53. — Chr. Guil. Küstner Diss. de pignore in causa iudicati capto. Lips. 1744. — Sintenis Handb. §. 38. S. 351 ff. — Dernburg Pfandr. §. 53.

§. 312.

III. Durch gesetzliche Vorschrift.

Endlich gründet sich das Pfandrecht in vielen Fällen unmittelbar auf gesetzliche Vorschrift, so daß es schon von Rechtswegen mit einer For=

derung, sobald diese existirt, verbunden ist, wenn es auch nicht ausdrücklich zur Sicherheit derselben bestellt worden ist (*a*). Ein solches heißt bei den Römern pignus quod tacite contrahitur (*b*), auch wohl tacita hypotheca (*c*), bei den Neuern pignus legale. — Durch Ersitzung kann kein Pfandrecht entstehen (*d*).

(*a*) Dig. 20. 2. — Cod. 8. 15. — Gesterding Pfandr. §. 19. — Sintenis Handb. §. 32. — Dernburg Pfandr. §. 35.

(*b*) Der Grund ist, weil es in allen Fällen, wo es eintritt, als stillschweigend verabredet (quasi id tacite convenerit) angesehen wird. fr. 3. fr. 4. pr. fr. 7. pr. D. 20. 2. — const. 1. C. 6. 43.

(*c*) const. un. §. 1. C. 5. 13.

(*d*) A. M. sind: Jo. Bapt. Bern. Wankel (auct. Jo. Christ. Koch) Diss. de pignore usucapto. Giess. 1786. — Ernst Gottfr. Schmidt der Erwerb des Pfandrechts durch Verjährung. Jena 1788. Allein man sehe: Thibaut von der Verjährung §. 37. — Unterholzner Verjährungslehre B. 2. §. 247, 248. — Büchel Erört. B. 1. Nr. 2. S. 44 ff. S. 52 ff. — Sintenis Handb. S. 344 ff. — Dernburg Pfandr. §. 21. S. 178 ff.

§. 313.

A. Generelle gesetzliche Pfandrechte (*a*).

Die gesetzlichen Pfandrechte sind theils generelle, theils specielle. A. Ein generelles gesetzliches Pfandrecht hat 1. der Fiscus wegen directer Steuern, von dem Tage an, wo die obligatio für den Pflichtigen entsteht (*aa*), ferner an dem Vermögen aller derer, die mit ihm contrahirten, wegen seiner aus dem Contracte herrührenden Forderungen (*b*), von dem Tage des Vertrages an, und folglich auch an dem Vermögen seiner Verwalter, von der Zeit der übertragenen Verwaltung an (*c*). 2. Der Ehemann wegen der ihm versprochenen dos (*cc*), an dem Vermögen des Promittenten, vom Tage des Versprechens an (*d*). 3. Die Ehefrau (*dd*), deren Erben und ihr Vater an dem Vermögen des Ehemannes wegen der Restitution der dos, vom Tage der Bestellung an, und ebenso wegen der Vermehrung von dem Augenblicke an, wo sie eintrat (*e*); ferner wegen der donatio propter nuptias an dem Vermögen des dieselbe verwaltenden Mannes (*f*), und endlich wegen der zu ihrem Paraphernalvermögen gehörigen Ausstände, an dem Vermögen des Mannes, von der Zeit an, wo sie diesem die Verwaltung derselben überlassen hat (*g*). 4. Die Kinder erster Ehe an dem Vermögen ihres Stiefvaters wegen ihrer Forderungen aus der von ihrer Mutter über sie geführten Tutel, von der Zeit an, wo die Mutter die neue Ehe einging (*h*). 5. Die Kinder an dem Vermögen ihres Vaters oder ihrer Mutter zur Sicherung ihres Anspruchs auf diejenigen lucra nuptialia des einen oder des andern, deren Proprietät ihnen dadurch zufällt, daß der Parens, welcher sie erworben hat, zur zweiten Ehe schreitet (*hh*). Dieses Pfandrecht tritt nicht erst mit Eingehung der zweiten Ehe, sondern schon von der Zeit an ein, wo der wieder verheiratete Parens die in das Eigenthum der Kinder übergehenden lucra nuptialia erworben hat (*i*). 6. Die Kinder an dem Vermögen ihres Vaters wegen ihres unter dessen Verwaltung stehenden s. g. peculii adventitii ordinarii, insoweit dieses von ihrer Mutter oder ihren mütterlichen Ascendenten herkommt (bona materna et materni generis), und zwar von der Zeit an, wo dem Vater die Verwaltung zugefallen ist (*k*). 7. Unmündige, Minderjährige und Wahnsinnige an dem Vermögen ihrer Tutoren und Curatoren, wegen der Forderungen aus der

Tutel und Cura, von der Zeit an, wo diese übernommen worden ist, oder hätte übernommen werden sollen (*l*). 8. Derjenige, welchem das einem Wittwer oder einer Wittwe, unter der Bedingung, nicht wieder zu heiraten, sei es von dem verstorbenen Ehegatten selbst oder von einem Dritten, letztwillig Hinterlassene zufallen würde, wenn jener Bedingung zuwider gehandelt wird, an dem Vermögen des Wittwers oder der Wittwe, von der Zeit an, wo die bedingt bedachte Person wegen der eventuellen Restitution Caution stellt oder stellen sollte (*m*). 9. Die Kirche, an dem Vermögen des Emphyteuta wegen der Deteriorationen der Emphyteusis (*n*), von der Zeit an, wo der Emphyteuta das Gut übernimmt (*o*). Alle diese Pfandrechte, mit einziger Ausnahme der fiscalischen, sind erst von den christlichen Kaisern eingeführt worden (*p*).

(*a*) Ueber die gesetzlichen Pfandrechte s. man insbesondere: Ferd. Aug. Meißner vollständige Darstellung der Lehre vom stillschweigenden Pfandrecht. 2 Thle. Leipz. 1803, 1804. — Glück Comm. B. 18. 19. §. 1086—1089. — C. A. H. Michiels van Verduynen Diss. de hypothecis legalibus in iure Rom. Leodii 1824. — Gesterding Pfandr. §. 20, 21. — Göschen Grundr. S. 164—176. — Sintenis Handb. §. 33 u. 34. — Huschke in Linde's Zeitschr. B. 20. S. 207 ff. — Bachofen das röm. Pfandr. B. 1. Nr. IX—XI. S. 217—272. — Dernburg Pfandr. §. 36—50.

(*aa*) const. 1. C. 4. 46. — const. 1. C. 8. 15. — Schilling Instit. B. 2. §. 213. — v. Vangerow Pand. §. 375. — Dernburg Pfandr. §. 41 und 43. Vergl.: A. de Buchholtz qui potiores sunt in pignore. Regiom. 1829. p. 41. — v. Schröter in Linde's Zeitschr. B. 1. Nr. 16. S. 339. — Sintenis Handb. S. 378.

(*b*) fr. 47. pr. D. 49. 14. — const. 2 3. C. 7. 73. — const. 2 C. 8. 15. — von Schröter a. a. O. S. 336. — Dernburg §. 41 u. 42.

(*c*) Dernburg §. 42, S. 346 ff. Ueber die Streitfrage, ob der Fiscus nach fr. 46. §. 3. D. 49. 1. 4 auch sonst regelmäßig an dem Vermögen jedes seiner Schuldner ein allgemeines gesetzliches Pfandrecht habe, oder nicht, s. auf der einen Seite von Schröter a. a. O. S. 336 ff., auf der andern Dernburg §. 41, S. 340 ff.

(*cc*) Ob dieses Pfandrecht auch in anderen Fällen stattfinde, ist bestritten. Vergl. Sintenis Handb. S. 313, v. Vangerow a. a. O. und Dernburg §. 49, S. 394 und 395.

(*d*) const. un. §. 1. C. 5. 13. S. unten §. 520.

(*dd*) Von allen gesetzlichen Pfandrechten (s. auch §. 314, 6.) und Pfandprivilegien (§. 319, 2.), welche Justinian den Ehefrauen verleiht, schließt er in Nov. 109. c. 1. die haereticae mulieres aus. Ob auch die Jüdinnen, ist sehr streitig. Die Ausschließung derselben behaupten z. B.: Runde deutsch. Privatr. §. 643. — Seuffert Erört. B. 2. S. 114. — Fritz Erläut. B. 1. H. 2. S. 437. — Sintenis Handb. S. 322 ff. — A. M. sind namentlich: Dabelow vom Concurse S. 247. — Danz Handb. des D. P. R. B. 7. S. 643. — Gesterding Nachforsch. Th. 3. S. 209 — Friedr. Schloß die Dotalprivilegien der Jüdinnen, ein Beitrag zur Dogmengesch. des gemein. Civilrechts. Gießen 1856. — Dernburg S. 388.

(*e*) const. un §. 1. C. cit. — const. 19. C. 5. 3. — §. 29, J. 4. 6. — Gottschalk Disc. for. T. 1. c. 3. S. unten §. 527. Ueber das Datum dieses Pfandrechts s. Dernburg S. 391 u. die dort angeführten Schriftsteller.

(*f*) Nov. 109. cap. 1. S. unten §. 528.

(*g*) const. 11. C. 5. 14. S. unten §. 529.

(*h*) const. 2 C. 5. 35. — const. 6. C. 8. 15. Ueber das Datum ist a. M.: Mayer in der Tüb. krit. Zeitschr. B. 2. H. 1. S. 76. S. aber: Hepp im Arch. für civ. Prax. B. 10. S. 267 ff. — v. Vangerow a. a. O. Nr. 2, am E. — Dernburg §. 46, am E.

(*hh*) Ein ähnliches Pfandrecht wegen der lucra, deren Proprietät auch ohne neue Ehe den Kindern zufällt, ist in Nov. 98. c. 1. 2. nicht gegründet, wie Marezoll in s. und Linde's Zeitschr. B. 3. S. 84 und mit ihm mehrere andere Schriftsteller behaupteten. — Heimbach in ders. Zeitschr. B. 17. S. 57 ff. — Dernburg §. 47, am E.

(*i*) const. 6. §. 2. const. 8. §. 4. 5. C. 5. 9. — Nov. 22. c. 24. — Nov. 98. c. 1. 2. Ueber diese lucra nuptialia s. unten §. 535. b. 536.

(*k*) Dieses Pfandrecht ist jedoch sehr bestritten. Nach der gemeinen Meinung soll es sich gründen auf const. 8. §. 5. C. 5. 9 und const. 6. §. 1. 2. 4. C. 6. 61. — Meißner a. a. O. §. 132. — Glück Th. 19. S. 134. — Thibaut System §. 643. — v. Wening-Ingenheim Lehrb. des Civilr. B. 2. §. 136. — Pfeiffer prakt. Ausf. B. 1. S. 34. — von der Nahmer Entsch. des O.-A.-G. zu Wiesbaden B. 2. Nr. 26. Geleugnet wird es von Löhr im Arch. für civ. Prax. B. 9. S. 71, welcher die const. 6. §. 4. cit. nur von der Hypothek wegen der lucra nuptialia verstanden wissen will. Gegen denselben haben sich erklärt: Mayer in der Tüb. krit. Zeitschr. B. 2. S. 110. — Puchta in Schunck's Jahrb. B. 5. S. 280. — Francke Erläut. einzelner Rechtsmaterien S. 108. Seine Ansicht vertheidigt: Löhr im Arch. B. 10. S. 386. Dagegen wieder: Fritz Erläut. B. 1. H. 2. S. 432 ff. — Sintenis Handb. S. 329 ff. — v. Vangerow a. a. O. — Dernburg §. 47. S. 375 ff.

(*l*) const. 20. C. 5. 37. — const. un. §. 1. C. 5. 13. — const. 7. §. 5. C. 5. 70. — Nov. 118. c. 5 in fin. — Henr. God. Bauer Diss. ex quo tempore tacita hypotheca pupilli bona tutoris afficiat. Lips. 1761. — F. van Wessel Diss. de bonis tutorum tacita hypotheca devinctis. Traj. ad Rhen. 1805. — Gensler im Arch. für civ. Prax. B. 1. Nr. 27. Verschwender, kranke und gebrechliche Personen, sowie Abwesende haben kein gesetzliches Pfandrecht an dem Vermögen ihres Curators, wohl aber, mit Ausnahme der Abwesenden, ein privilegium exigendi. fr. 19—23. D. 42. 5. — Spangenberg prakt. Erört. B. 1. S. 97. — Fritz a. a. O. S. 430 ff. — v. Vangerow a. a. O. — Dernburg S. 368. — A. M. in Ansehung der Verschwender ist: F. G. Biben Diss. de legali pupillorum et eorum, quibus bonis interdictum est, hypotheca. Gröning. 1819. und Göschen a. a. O. S. 169, und überhaupt: Glück Comment. B. 19. S. 147 ff. und Sintenis Handb. S. 336 ff.

(*m*) Nov. 22. c. 44. §. 2. 8. Daß dieses Pfandrecht ein gesetzliches sei, wird bestritten von Marezoll in Löhr's Mag. B. 4. (2.) S. 215. S. dagegen: Mayer in der Tüb. krit. Zeitschr. für RW. B. 2. S. 115. — Vermehren im Arch. für civ. Pr. B. 13. S. 37. — A. de Buchholtz p. 65. Besonders aber Kämmerer in Linde's und Marezoll's Zeitschr. B. 6. S. 285. Dagegen wieder Marezoll ebendas. S. 296. Gegen Marezoll s. auch: Fritz a. a. O. S. 580 ff. — v. Vangerow a. a. O. — Dernburg §. 50. Vergl. Heimbach a. a. O. S. 33 ff.

(*n*) Nov. 7. c. 3. §. 2. Geleugnet wird dieses Pfandrecht von Meißner a. a. O. §. 198.

(*o*) v. Vangerow a. a. O. Gewöhnlich sagt man: von dem Augenblicke an, wo die Deterioration erfolgt. So auch Hepp diss. cit. p. 49. und im Arch. für civ. Pr. B. 10. S. 272 ff., sowie Sintenis S. 383 und Dernburg S. 356.

(*p*) Nämlich das an dem Vermögen des Vormundes von Constantin und Justinian (wiewohl Huschke in Linde's Zeitschr. B. 20. S. 158 wegen fr. 10. D. 20. 2 behauptet, es habe schon in der Zeit von Septimius Severus und Caracalla bestanden), das an dem Vermögen des Stiefvaters von Valentinian, Theodos und Arcadius, das wegen der lucra nuptialia am Vermögen der Mutter von Leo und Anthemius und die übrigen von Justinian. Ueber fr. 10. cit. s. Dernburg S. 187 ff.

§. 314.

B. Specielle gesetzliche Pfandrechte.

B. Ein specielles gesetzliches Pfandrecht hat: 1. der Vermiether eines praedii urbani, oder eines leeren, aber nicht zur Fruchterzeugung bestimmten Platzes, wegen seiner aus dem Miethcontracte entstehenden Forderungen an allen Sachen, welche der Miether in das Grundstück zum beständigen Gebrauche einbringt (invecta et illata), vom Augenblicke der Illation an (*a*). 2. Der Verpächter eines praedii rustici, an den vom Pächter percipirten Früchten vom Tage der Perception an (*b*). Beide Pfandrechte stehen auch dem Aftervermiether und Afterverpächter zu, jedoch wird dadurch

das Recht des ersten Vermiethers und Verpächters auf keine Weise beschränkt (*bb*). 3. Derjenige, welcher zur Wiederherstellung eines Gebäudes (ad restitutionem aedium), nicht zur Erbauung eines ganz neuen Gebäudes, baares Geld hergeliehen, nicht blos Baumaterialien dazu geliefert, oder Arbeit geleistet hat, an dem Gebäude und dem Grund und Boden desselben (pignus insulae), vorausgesetzt, daß das Geld ausdrücklich zum Wiederaufbau des Gebäudes hergeliehen worden ist, wo dann aber zur Begründung des Pfandrechts nichts weiter darauf ankommt, ob es auch wirklich zu diesem Zwecke verwendet worden ist (*c*). 4. Die Pupillen an der mit ihrem Gelde vom Vormunde oder einem Dritten für sich erkauften Sache (*d*), vorausgesetzt, daß das Geld dem Vormunde oder Dritten nicht etwa als Darlehen gegeben worden ist; denn in diesem Falle würde der Mündel nur dann ein Pfandrecht an der erkauften Sache haben, wenn ein solches ausbedungen ist (*e*). 5. Die Legatarien und Fideicommissarien wegen ihres Legats oder Fideicommisses an demjenigen, was der mit dem Legate oder Fideicommisse Belastete von dem Erblasser bekommen hat, nicht aber auch an dem eigenen Vermögen desselben. Sind Mehrere mit dem Legate oder Fideicommisse belastet, so findet das Pfandrecht für den Theil, den jeder Belastete zu dem Legate beitragen muß, an demjenigen Statt, was jeder derselben vom Erblasser erhalten hat (*f*). 6. die Ehefrau wegen ihrer Forderung auf Rückgabe der dos an den Dotalsachen (*g*). Von diesen speciellen gesetzlichen Pfandrechten wurden die vier ersten schon unter den heidnischen Kaisern, die beiden letzten aber erst von Justinian eingeführt.

(*a*) fr. 2—9. D. 20. 2. — fr. 32. D. 20. 1. — fr. 11. §. 2. D. 20. 4. — const. 5. 7. C. 8. 15. — Weber Versuche über das Civilrecht Nr. 2. — Dernburg Pfandr. §. 36. Ueber const. 5. C. 4. 65. s. Dernburg §. 37. S. 311 ff. und die dort angeführten Schriftsteller.

(*b*) fr. 7. pr. D. 20. 2. — fr. 24. §. 1. D. 19. 2. — Dabelow vom Concurse (1801) S. 191. — Dernburg §. 37.

(*bb*) fr. 11. §. 5. D. 13. 7. — fr. 24. §. 1. fr. 53. D. 19. 2. — Gegen das Pfandrecht des Afterverpächters hat Bedenken: Roßhirt gem. Civilr. §. 310, 1. Das Pfandrecht des ersten Vermiethers an den Illaten des Aftervermiethers (Glück B. 18. S. 429 ff. und Mühlenbruch Cess. 3. Ausg. S. 321) bestreitet wieder Huß in Linde's Zeitschr. B. 17. S. 413 ff. (Darüber: Sintenis in d. Leipz. Jahrb. 1843. S. 976 ff.) S. auch Dernburg §. 36 am E., welcher zugleich zu zeigen sucht, daß es kein Afterpfandrecht sei.

(*c*) fr. 1. D. 20. 2. — fr. 24. §. 1. D. 42. 5. — fr. 21. D. 13. 7. — Dabelow vom Concurse S. 197. 616. — Bülow Abh. B. 1. nr. 4. — Schröter in Linde's und Marezoll's Zeitschr. B. 1. S. 340. — Ausführlich handelt von diesem Pfandrechte v. Madai in Linde's Zeitschr. B. 19. S. 83 ff. Vergl. Sintenis prakt. Civilr. §. 72. Note 8 und Dernburg §. 38, welcher gegen die angeführten Schriftsteller zu zeigen sucht, daß es auf die wirkliche Wiederherstellung des Gebäudes nicht ankomme. Ist diese Absicht richtig, so datirt das Pfandrecht von dem Tage der Auszahlung des Darlehens an. Dernburg S. 320 Note 19. — Zur Begründung des mit diesem Pfandrechte zugleich verbundenen Vorzugsrechtes ist aber die wirkliche Verwendung des Geldes zu dem angegebenen Zwecke allerdings erforderlich. Nov. 97. c. 3. S. unten §. 319. Note *h*.

(*d*) fr. 7. pr. D. 20. 4. — fr. 3. pr. D. 27. 9. — const. 6. C. 7. 8. — Dernburg §. 39. — Viele geben auch den Minderjährigen dieses Pfandrecht, besonders wegen fr. 2. D. 26. 9. und const. 3. C. 5. 51. — Glück Comm. Th. 19. S. 47. 288. Allein man. s. dagegen: Löhr im Mag. B. 4. (2.) S. 140. — A. de Buchholtz comm. qui potiores sunt in pignore. Regiom. 1829. p. 36. u. Dessen Versuche Nr. 19. — Dernburg a. a. O. S. 324.

(*e*) const. 17. C. 8. 14.

(*f*) const. 1. 3. C. 6, 43. — Nov. 108. c. 2. — Löhr im Arch. für civ. Praxis B. 5. S. 208. — Hepp in diss. supra §. 309, not. *a*. laud. §. 13. — Dern=

burg §. 40. — Daß dieses Pfandrecht nicht blos pro rata an dem Erbtheile eines jeden Miterben Statt finde, sondern wie überhaupt, so auch in diesem Falle untheilbar sei, wird behauptet von: HERRM. BECKER de actione hypothecaria legatariis ex L. 1. C. commun. de leg. contra coheredes competente non ipso iure divisa. Gryph. 1768. und Glück Comm. Th. 19. S. 179 ff. S. dagegen: v. Löhr a. a. O. S. 213 ff. — Gesterding in dessen Nachforschungen Th. 3. S. 201. — Dernburg a. a. O. S. 332.

(*g*) const. 30. C. 5. 12. — v. Löhr a. a. O. S. 295. Vergl. übrigens Dernburg §. 48 S 382 ff Das generelle gesetzliche Pfandrecht wegen derselben Forderung (§. 313, 3.) wurde ein Jahr später eingeführt. (§. 527.) S. auch unten §. 319 u. 321.

Dritter Titel.

Von den Wirkungen des Pfandrechts.

§. 315.

I. Im Allgemeinen. A. Rechte des Verpfänders.

Derjenige, welcher einem Andern an einer Sache ein Pfandrecht eingeräumt hat, sei es nun für seine eigene Schuld, oder für die Schuld eines Dritten, bleibt nach wie vor Eigenthümer der Sache (*a*). Daher kann er 1. die verpfändete Sache benutzen und die Früchte davon ziehen, und wenn der Pfandgläubiger im Besitz ist, Verrechnung derselben verlangen, es wäre denn, daß durch einen besondern Vertrag das Recht, die Früchte der Sache anstatt der Zinsen zu ziehen, dem Pfandgläubiger eingeräumt worden wäre. Ein solcher Vertrag heißt antichresis (*b*) oder Pfandnutzung, eigentlich Gegennutzung. Wird dem Gläubiger eine fruchttragende Sache als Faustpfand übergeben, so tritt das Besondere ein, daß er selbst dann die Früchte derselben bis zum Betrage der gesetzlichen Zinsen für sich behalten darf, wenn keine Zinsen verabredet sein sollten (*c*). 2. Der Verpfänder hat ferner, wenn nicht das Gegentheil verabredet ist (*d*), das Recht, die verpfändete Sache zu veräußern, ohne daß dadurch jedoch das darauf haftende Pfandrecht aufgehoben würde (*e*). Doch wird die Veräußerung einer als Faustpfand gegebenen oder speciell verhypothecirten beweglichen Sache, wenn sie wider Wissen und Willen des Pfandgläubigers geschieht, als furtum angesehen (*f*). Wenn endlich 3. der Pfandgeber zur Zeit der Verpfändung zwar nicht Eigenthümer der Sache war, aber sich doch in conditione usucapiendi befand, so kann er die Ersitzung derselben auch während der Verpfändung fortsetzen und vollenden (*g*).

(*a*) fr. 35. §. 1. D. 13. 7. — const 9. C. 4. 24.

(*b*) fr. 11. §. 1. D. 20. 1. — fr. 33. D. 13. 7. — CAROL. HANKER Diss. de vera indole et natura antichreseos. Giess. 1783. — GUIL. ERN. WICHELHAUSEN analecta quaedam ex antichresi collecta. Gött. 1792. — Glück Comm. Th. 14. §. 870. — Gesterding Pfandr. §. 30. — Sintenis Handb. S. 259 ff.

(*c*). fr. 8. D. 20. 2. „Cum debitor gratuita pecunia utatur, potest creditor de fructibus rei sibi pigneratae ad modum legitimum usuras retinere." A. M. sind: Glück Comm. Th. 14. S. 50 und Sintenis Handb. S. 234, wegen fr. 7. D. 13. 7. Dagegen Sintenis prakt. Pandektenr. §. 71, Note 33. Eine Antichrese im Sinne des Textes ist dieses nicht. Demungeachtet pflegt man dafür den Ausdruck antichresis tacita zu gebrauchen. — Die Frage: ob und in welchen Fällen der antichretische Pfandgläubiger Rechnung von den gezogenen Früchten ablegen und sich den Ueberschuß derselben über das gesetzliche Zinsenmaß am Capitale kürzen lassen muß? ist nach folgenden Unterscheidungen zu beantworten: 1. Im Falle der s. g. antichresis tacita hat der Gläubiger nach dem Gesagten immer Rechnung abzulegen (fr. 8. cit.). 2. Ist dagegen einem Gläubiger

ausdrücklich eine antichresis eingeräumt worden, so sind drei Fälle zu unterscheiden: a) der Gläubiger ist auf die natürlichen Früchte des verpfändeten Grundstückes als Entgelt für die Benützung des Capitals angewiesen worden, dann braucht er in der Regel keine Rechnung abzulegen (const. 17. C. 4. 32), es wäre denn etwas Anderes verabredet (fr. 1. §. 3. D. 20. 1), oder der antichretische Vertrag nur in der Absicht geschlossen worden, um einen Zinswucher darunter zu verstecken (const. 26. §. 1 C. 4. 32). b) Er ist auf bestimmte Geldeinkünfte angewiesen. Hier muß er immer Rechnung ablegen und sich den Ueberschuß am Capitale kürzen lassen, weil es einerlei ist, ob der Schuldner dem Gläubiger die Zinsen baar zahlt, oder ihm eine Anweisung darauf gibt. c) Er ist nicht auf fructus, sondern auf usus rei angewiesen, z. B. er soll anstatt der Zinsen das Haus des Schuldners bewohnen. Braucht er alsdann die Sache selbst, so ist er nie, verpachtet er sie, so ist er immer Rechnung abzulegen verpflichtet (const. 14. C. 4. 32). Vergl.: Jo. Gottl. Hort (Pr. Jo. Conr. Sigm. Topp) Diss. de distinctione inter fructus certos et incertos in pacto antichretico iure Romano non fundata. Helmst. 1755. — Seuffert Erört. Abth. 2. Nr. 21. — Stephan im Arch. f. civ. Pr. B. 30. Nr. 13 (welcher andere Unterscheidungen macht und namentlich das fr. 8. cit. anders auslegt). v. Vangerow Pand. §. 384 Anm. 2.

(*d*) fr. 7. §. 2. D. 20. 5. Vergl. jedoch Löhr im Arch. für civ. Pr. B. 14. S. 168.

(*e*) fr. 18. §. 2. D. 13. 7. — const. 12. C. 8. 28. — const. 14. C. 8. 14. — Nov. 112 c. 1. — Gesterding Pfandr. §. 23. — Vergl. jedoch oben §. 306, Not. *d.* und v. Bülow Abhandl. Th. 1. Nr. 1.

(*f*) fr. 19. §. 6. fr. 66. pr. D. 47. 2. — fr. 3. §. 1. D. 47. 20.

(*g*) fr. 16. D. 41. 3.

§. 316.

B. Rechte des Pfandgläubigers. 1. Im Allgemeinen (*).

Der Pfandgläubiger erlangt dagegen: 1. ein dingliches Recht an der verpfändeten Sache und bei dem ihm übergebenen Faustpfande auch die possessio ad interdicta (*a*), beim prätorischen Pfandrechte hingegen nur die Detention (*b*), bei der bloßen Hypothek, wenigstens von Anfang an (*bb*), weder juristischen Besitz noch Detention. Er kann 2. das in seinem Besitze befindliche Pfand bis zur gänzlichen Tilgung der Schuld zurückbehalten (*c*), und da das Pfandrecht als dingliches Recht auf der verpfändeten Sache selbst haftet, so kann er dasselbe gegen jeden Besitzer der Sache geltend machen (*d*). Er kann ferner 3. die ihm verpfändete Sache wiederum einem Andern verpfänden, woraus alsdann ein s. g. Afterpfand oder subpignus entsteht (*e*). Er hat endlich 4. im Falle der Schuldner zur gehörigen Zeit nicht Zahlung leistet, das Recht, die Sache zu verkaufen und sich daraus bezahlt zu machen (ius distrahendi pignus). Dieses Recht behält er so lange, bis er ganz und vollständig befriedigt ist (*f*), und es kann zwar wohl durch Vertrag oder Testament beschränkt (*g*), aber ihm auf keine Weise ganz entzogen werden (*h*). Dagegen ist der Vertrag, wodurch verabredet wird, daß das Eigenthum der verpfändeten Sache, im Fall der Schuldner zur gehörigen Zeit keine Zahlung leistet, ipso iure ohne Distraction und Abschätzung dem Gläubiger verfallen und der Schuldner des Wiedereinlösungsrechts verlustig sein solle (lex commissoria s. pactum commissorium), verboten (*i*).

(*) Gesterding Pfandr. §. 24. — Sintenis Handb. § 53.

(*a*) fr. 16. D. 41. 3. — fr. 3. §. 15. D. 10. 4.

(*b*) fr. 3. §. 8. D. 43. 17. — fr. 3. §. 23. D. 41. 2.

(*bb*) Von dem Zeitpunkte an, wo er vermöge seines Pfandrechts in den Besitz der Sache kommt, steht er einem Faustpfandbläubiger im Wesentlichen gleich, arg. fr. 11. §. 5. D. 13. 7. fr. 34. D. 39. 2. — Sintenis Handb. S. 230 ff.

(*c*) Dieses Retentionsrecht steht dem Gläubiger nicht blos wegen der Hauptschuld zu, für welche die Sache verpfändet ist, sondern auch wegen der Zinsen und wegen der während seines Besitzes auf die Sache verwendeten Kosten. fr. 8. pr. §. 5. D. 13. 7. Ja er kann es sogar wegen solcher Forderungen ausüben, für welche die Sache gar nicht verpfändet ist, jedoch nur gegen den Schuldner und dessen Erben, nicht auch gegen spätere Pfandgläubiger. const. un. C. 8. 27. Ueber diese Stelle s.: Fritz Erläut. B. 1. H. 2. S. 490 ff. — Sintenis Handb. S. 243 ff. — Schenck die Lehre vom Retentionsrechte §. 69 ff. S. 241 ff. — v. Vangerow Pand. §. 382.

(*d*) fr. 16. §. 3. D. 20. 1. — const. 14. C. 8. 14. Ueber die Wirkungen des Pfandrechts an unkörperlichen Sachen s. oben §. 305.

(*e*) S. oben §. 305. 3.

(*f*) const. 6. C. 8. 28.

(*g*) fr. 4. 5. D. 13. 7.

(*h*) Daher ist der Vertrag, ne omnino pignus distrahatur, ungiltig. fr. 4. D. 13, 7. Auch kann der Pfandgläubiger zum Verkaufe des Pfandes nicht gezwungen werden. fr. 6. pr. D. 13. 7. — S. unten §. 323.

(*i*) const. 3. C. 8. 35. — Polizei-Ordnung v. 1577. Tit. 20. §. 5. Vor der const. 3. cit. (von Constantin) war das pactum commissorium auch bei der Verpfändung einer Sache erlaubt. — Cicero ad Div. 13. 56. — fr. 81. pr. D. 18. 1. — fr. 16 §. 9. D. 20. 1. — Paulus 2. 13. Vergl. überhaupt: Chr. Gottl. Riccius de pacto commissorio circa pignora. Jenae 1743. — Glück Comm. Th. 14. §. 869. — Weber Versuche über das Civilrecht nr. 5. — Gönner jur. Abh. B. 1. nr. 7. — Seuffert Erört. Abth. 2. nr. 20. — Gesterding Pfandr. §. 32. — Sintenis Handb. S. 255 ff. — Die Dogmengeschichte dieses Verbotes handelt ausführlich ab: Warnkönig in Arch. f. civ. Pr. B. 25 und 26.

§. 317.

2. Von dem Verkaufe des Pfandes insbesondere (*a*).

Bei dem Verkaufe der verpfändeten Sache zur Befriedigung des Gläubigers kommt zuerst die Form, dann die Wirkung desselben in Betracht. 1. Soviel die Form anbetrifft, so darf der Gläubiger den Verkauf des Pfandes zwar privatim, ohne gerichtliche Auctorität (*b*), jedoch nicht heimlich, vornehmen, und muß insbesondere den Schuldner selbst davon in Kenntniß setzen. Auch hat er dabei die gesetzlichen Fristen zu beobachten, welche im Röm. Rechte folgendermaßen bestimmt sind: a) Wenn bei Einräumung des Pfandrechts ausdrücklich verabredet ist, wann die Veräußerung vorgenommen werden soll, so hat sich der Gläubiger natürlich an diese Verabredung zu halten (*c*). b. Wenn dagegen nichts Besonders über den Verkauf festgesetzt oder verabredet ist, ne distrahatur pignus, so mußte der Gläubiger nach älterem Rechte dem Schuldner nach der Verfallzeit der Schuld erst dreimal die Anzeige machen, daß er verkaufen wolle, ehe er zum Verkaufe schreiten durfte (*d*). Nach Justinian's neuer Verordnung soll, im Fall nichts Besonderes ausgemacht ist, eine einzige Anzeige genügen, von da an aber noch zwei Jahre gewartet werden (*e*). c. Findet sich, wenn das Pfand gehörig zum Verkaufe ausgeboten ist, kein annehmlicher Käufer desselben, so kann sich der Gläubiger selbst das Eigenthum daran gegen den gerichtlich zu taxirenden Werth desselben vom Regenten zusprechen lassen, wo alsdann aber der Schuldner noch zwei Jahre lang das Einlösungsrecht behält (*f*). 2. Wenn die verpfändete Sache ordnungsmäßig und mit Beobachtung der gesetzlichen Fristen vom Gläubiger verkauft worden ist (*ff*), so sind die Wirkungen folgende: a) der Gläubiger kann seine vollständige Befriedigung aus dem Kaufpreise verlangen. Bleibt davon noch Etwas übrig, so ist dieß dem Schuldner (*g*) oder dem nachfolgenden Pfandgläubiger herauszugeben (*h*). Dagegen bleibt der Schuldner dem Gläubiger, wenn dieser durch

den Kaufpreis nicht ganz befriedigt wird, wegen des Restes noch immer verpflichtet (*i*). b) Das Eigenthum der verkauften Pfandsache geht durch Tradition auf den Käufer über, vorausgesetzt, daß es der Verpfänder hatte (*k*), und zwar frei von allen bisher darauf haftenden Pfandrechten, indem diese durch die von dem dazu berechtigten Gläubiger vorgenommene Veräußerung der verpfändeten Sache erlöschen (*l*).

(*a*) Pauli sent. rec. II. 5. — Dig. XX. 5. — Cod. VIII. 23. 28. 29 30. 34. — Gesterding Pfandr. §. 25. 28. — Müller civ. Abh. Nr. 3. — Fritz Erläut. B. 1. H. 2. S. 455 ff. — Sintenis Handb. §. 54. ff. — Bachofen Röm. Pfandr. B. 1. Nr. VI. VII. und XVII. — Brinz Pand. B. 1. §. 87.

(*b*) const. 4. 9. C. 8. 28. Nur das pignus in causa iudicati captum muß gerichtlich verkauft werden. Cod. 8. 23.

(*c*) const. 3. §. 1. C. 8. 34. Die gewöhnliche Behauptung, das bloße pactum ut distrahatur pignus sei so auszulegen, daß der Gläubiger, wenn zur Verfallzeit nicht bezahlt wird, sogleich veräußern dürfe, ist ungegründet; namentlich spricht dafür auch nicht §. 1. J. 2. 8, worauf man sich beruft.

(*d*) Paulus V. 1. — fr. 4 5. D. 13. 7.

(*e*) const. 3. §. 1. C. 8. 34. Für den Fall also, wo verabredet ist: ne distrahatur pignus, ist auch jetzt noch eine dreimalige Anzeige erforderlich, und zwar so, daß, von der ersten an gerechnet, noch zwei Jahre gewartet werden muß. Vergl.: Zimmern in Linde's Zeitschr. B. 1. S. 51. — Müller a. a. O. §. 5. — Fritz a. a. O. S. 467. — Sintenis Handb. S. 510 ff.

(*f*) const. 3. §. 2—6. C. 8. 34. — fr. 15. §. 3. D. 42 1. — const. 2. C. 8. 23. — Reinhardt verm. Aufsätze Heft 1. Nr. 16. — Fritz a. a. O. S. 479 ff. — Sintenis §. 56. Bei dem pignus in causa iudicati captum gilt auch von der addictio dominii einiges Besondere.

(*ff*) Denn ist dieß nicht geschehen, oder hatte der Gläubiger wohl gar kein Recht, zu verkaufen, so ist der Verkauf ganz wirkungslos, und wird er dolose zum Nachtheil des Verpfänders vorgenommen, so verpflichtet er den Gläubiger zum Schadenersatz. Cod. 8. 30.

(*g*) fr. 8. §. 5. fr. 24. §. 2. fr. 35. pr. fr. 42. D. 13. 7. — fr. 9. pr. D. 20. 5. — const. 3. §. 4 C. 8. 34.

(*h*) fr. 12. §. 5. fr. 20. D. 20. 4. — const. 3. §. 4. C. 8. 34. — v. Wening-Ingenheim Lehrb. des Civilrechts §. 172.

(*i*) const. 3. §. 4. C. 8. 34. Vergl. const. 3. 9. C. 8. 28.

(*k*) Denn nur das Recht, welches der Verpfänder an der Sache hatte, kann durch den Verkauf derselben auf den Käufer übergehen. Hatte jener also z. B. nur bonae fidei possessio, so erwirbt der Käufer auch nur diese. arg. fr. 54. D. 50. 17.

(*l*) const. 13. C. 8. 28. — const. 1. C. 8. 20. — const. 6. 7. C. 4. 10 — Wann hier das Pfandrecht aufhört, darüber s. Platner im Archiv für civ. Praxis B. 32. Nr. 4.

§. 318.

II. Bei einer Concurrenz mehrerer Pfandgläubiger. A. Von der Priorität (*a*). 1. Allgemeine Regel.

Wenn eine und dieselbe Sache jedem von mehreren Gläubigern von einem und demselben Verpfänder oder von verschiedenen, die mit einander in einem Successionsverhältniß stehen (*aa*), ganz verpfändet ist (*b*), so entsteht die Frage: welcher von den concurrirenden Pfandgläubigern den Vorzug vor dem andern habe? Hier ist es nun Regel: daß das ältere Pfandrecht dem jüngern vorgeht (*c*). Diese Regel leidet indeß auch Ausnahmen; namentlich ist einigen Pfandrechten durch die Gesetze ein besonderer Vorzug (privilegium, ius praelationis) beigelegt, so daß sie ohne Rücksicht auf ihr Alter allen übrigen vorgehen, wenn sie auch jünger oder nur gleich alt sein sollten (§. 319. 320.) (*d*).

(*a*) Dig. 20. 4. — Cod. 8. 18. — Nov. 97. c. 3. 4. — Gesterding Pfandr. §. 33 ff. — Glück Comm. Th. 18. §. 1093. S. 128 ff. — A. A. de Buchholtz qui potiores sint in pignorib. Regom. Bor 1829. — Fritz Erläut. B. 1. H. 2. S. 496 ff. — Sintenis Handb. §. 63 ff. — v. Vangerow Pand. §. 385 ff.

(*aa*) Hat ein Pfandgläubiger die ihm verpfändete Sache einem Andern wieder verpfändet, so geht dieser (der creditor creditoris) jenem unbedingt vor. fr. 13. §. 2. D. 20. 1. — const. 1. C. 8. 24. — S. oben §. 305, Nr. 3. — Ist dasselbe Object von verschiedenen Personen, die in keinem Successionsverhältniß mit einander stehen, verschiedenen Gläubigern ganz verpfändet worden, so geht der Pfandgläubiger vor, dessen Verpfänder ein besseres Recht hatte (z. B. dieser war Eigenthümer und der andere nur bonae fidei possessor), und hatte keiner der beiden Verpfänder ein stärkeres Recht (z. B. beide waren bonae fidei possessores), so entscheidet der Besitz. fr. 14. D. 20. 4.

(*b*) Mit diesem Falle ist der nicht zu verwechseln, wenn eine und dieselbe Sache Mehreren gemeinschaftlich verpfändet ist; hier haftet sie einem Jeden nur nach dem Antheile seiner Forderung. fr. 16. §. 8. D. 20. 1.

(*c*) fr. 11. pr. §. 1. fr. 12. §. 2. D. 20. 4. — const. 8. C. 8. 18.

(*d*) Diese Privilegien können aber nur gegen diejenigen älteren Pfandrechte geltend gemacht werden, welche von demselben Verpfänder an der Sache bestellt oder nach gesetzlicher Vorschrift bei ihm begründet sind, nicht auch gegen die von einem früheren Eigenthümer der Sache an derselben bestellten ältern Pfandrechte, es wäre denn, daß der Besteller des neuern Pfandrechtes dem des ältern *per universitatem* succedirt hätte. In dem Concurs der Gläubiger kann daher derjenige, welcher sein Pfandrecht von dem Auctor des Gemeinschuldners herleitet, eine s. g. separatio ex iure hypothecario verlangen. Jedoch ist dieses sehr bestritten. Früher hatte das Gesagte den entschiedenen Gerichtsgebrauch für sich: Gmelin von der Ordnung der Gläubiger bei dem Gantprocesse. 5te Ausg. S. 84. — Hagemann prakt. Erört. B. 6. S. 190. — v. Schirach Beiträge zur Anwendung des Rechts Nr. 4. — Schweppe Concurs §. 69. — In neueren Zeiten wurde es angefochten von: Thibaut civ. Abh. S. 311. — Spangenberg im Arch. für civ. Pr. B. 10. S. 404 und besonders in Hagemann's prakt. Erört. Th. 8. Abh. 2. Nr. 1. — Glück Comm. Th. 19. S. 291. Dagegen ist die ältere Meinung von Hepp in Linde's Zeitschr. B. 4. S. 37, die neuere aber wieder von Löhr im Arch. für civ. Pr. B. 14. S. 166. Note 16 und von Thibaut ebendas. S. 235 ff., sowie auch in der jurist. Zeitung für das Königr. Hannover von Schlüter und Wallis Jahrg. 7. S. 5 vertheidigt worden. Darauf nahm C. G. Wächter im Arch. a. a O. S. 340 ff. die ältere Ansicht wieder in Schutz. S. auch Sintenis Handb. S. 685 ff. — Vergl. aber auch Fritz Erläut. B. 1. H. 2. S. 524 ff., besonders S. 526, ferner Vangerow Pand. §. 385., Arndts Pand. §. 385 Anm. 4 und Brinz Pand. B. 1. S. 345.

§. 319.

2. Privilegirte Pfandrechte. a) Gesetzliche.

Ein solches Vorzugsrecht ist sowohl einigen gesetzlichen, als auch einigen vertragsmäßigen Pfandrechten beigelegt worden (*a*). A. Von den oben (§. 313. 314.) angeführten gesetzlichen Hypotheken sind nur folgende privilegirt: 1. die des Fiscus wegen rückständiger Abgaben (*b*). Das Pfandrecht des Fiscus an dem Vermögen aller derer, die mit ihm contrahirten, wegen seiner Forderungen aus dem Contracte, ist zwar ebenfalls privilegirt, aber nur in Ansehung desjenigen Vermögens, welches der Schuldner erst nach dem mit dem Fiscus geschlossenen Contracte erwirbt (*c*). 2. Die Hypothek der Ehefrau wegen ihres dos (*d*). Indessen steht das Privilegium der generellen (*e*) Hypothek nur der Ehefrau für ihre Person zu, wenn sie selbst auf Restitution der dos klagt, und ihren Erben, soweit es Descendenten derselben sind. Es kann nicht, wie die Hypothek selbst, von allen Erben, und wenn die dos eine profectitia, die Ehe aber durch den Tod der Frau aufgelöst ist, von

dem Besteller geltend gemacht werden; auch ist es sehr bestritten, ob es den Descendenten der Ehefrau als Erben derselben immer zusteht, oder nur in dem einzigen Falle, wenn sie mit der zweiten Ehefrau, die ebenfalls ihre dos zurückverlangt, in Conflict kommen (*f*). Die Braut hat dieses Privilegium nicht, wenn die Ehe nicht zu Stande kommt (*g*). 3. Die Hypothek des Pupillen an der mit seinem Gelde vom Vormunde oder einem Dritten für sich erkauften Sache (*h*), und endlich 4. die Hypothek desjenigen, welcher zur Wiederherstellung eines Hauses (ad restitutionem aedium) baares Geld hergeliehen hat, vorausgesetzt, daß das Geld auch wirklich dazu verwendet worden ist (*i*).

(*a*) CHR. LUD. RUNDE de historia, indole ac vi remediorum securitatis, quibus iure Romano prospectum est creditoribus per privilegia personalia, hypothecas tacitas et privilegia hypothecarum. Gött. 1794. — Dabelow vom Concurse. Cap. 8. 11. — Schweppe vom Concurse §. 70. 71. — Neustetel und Zimmern röm. rechtl. Untersuchungen S. 282. 337. — Seuffert Erört. B. 2, nr. 25. — Gesterding Pfandr. §. 35. 36. — Göschen Grundr. S. 179—186. — Fritz a. a. O. S. 498 ff. — Sintenis Handb. § 65 ff. — Die Reihenfolge, in welcher die einzelnen Vorzugsrechte aufgekommen sind, ist folgende: Den Vorzug wegen Verwendung auf die speciell verpfändete Sache fanden bereits die klassischen Juristen in der Natur der Sache eben so gegründet, wie den sonst eintretenden Vorzug des höheren Alters. Dazu kamen noch unter den heidnischen Kaisern die Privilegien des Fiscus, und unter Justinian das des Pfandrechts wegen Rückgabe der dos. S. Fritz a. a. O.

(*b*) const. 1. C 4. 46. — const. 3. C. 7. 73. — KIND Quaest. for. T. II. cap. 11. (Ed. 1) T. 4. cap. 24. (Ed. II.) A. M. Wächter im Arch. für civ. Pr. B. 14. S. 386 ff. Dagegen s. Sintenis Handb. S. 629 ff. — Das Pfandrecht wegen der Primipilarschuld ist nicht privilegirt. Vergl. const. 3. C. 12. 63. — Cod. Theod. 7. 4. — Cod. Just. 12. 38. — A. M. Hagemann prakt. Erört. Th. 8. Abth. 1. Nr. 27. — S. aber: Zimmern römisch-rechtl. Unters. S. 300. — Glück Comm. Th. 19. S. 267.

(*c*) fr. 28. D. 49. 14. — const. 2. C. 7. 73. — Fragm. veteris Icti de iure fisci §. 5. — Meißner vom stillschweigenden Pfandrechte B. 1. §. 100 — 104. — A. M. sind auf verschiedene Weise: Unterholzner Abh. nr. 2. — Spangenberg im Arch für civ. Pr. B. 11. S. 451 (besonders wegen fr. 21. pr. D. 20. 4). — Zimmern Unters. S. 294. — Huschke in Linde's Zeitschr. B. 20. S. 204 ff. — Allein man s.: Göschen a. a. O. S. 181. — Klenze in der Zeitschr. für geschichtl. RW. B. 8. S. 386 ff. — Fritz Erläut. S. 503 ff. — Sintenis Handb. S. 630 ff. — v. Vangerow Pand. §. 386. Anm. 1.

(*d*) const. 30. C. 5 12. — const. 12. §. 1. C. 8. 18. — Nov. 97. c 2. 3 — Nov. 109. c. 1.

(*e*) Die specielle an den Dotalsachen ist ganz besonders privilegirt. const. 30. cit.

(*f*) Vergl. const. un. §. 1. 15. C. 5. 13. — §. 29 in fin. J. 4. 6. — const. 12. §. 1. C. 8. 18. — Nov. 91. cap. 1. — Auth. *Si quid* C. 8. 18. Die Beschränkung vertheidigt hauptsächlich v. Löhr im Arch. für civ. Prax. B. 5. S. 290. — Die gewöhnliche Meinung, welche auch den deutschen Gerichtsgebrauch für sich zu haben scheint, daß das privilegium dotis immer auf die Descendenten der Ehefrau übergehe, ist besonders vertheidigt von v Kampt Revision der Lehre vom Uebergang des Brautschatz-Privilegiums auf die Descendenten der Ehefrau. Berl. 1811, und später auch gegen Löhr in Schutz genommen von: Glück Comm. Th. 27. S. 170 ff. — Seuffert Erört. B. 2. S. 131 ff. — A. DE BUCHHOLTZ l. c. p. 16—27. — Schweppe Handb. B. 2. § 362. — Fritz Erläut. B. 1. H. 2. S. 505 ff — Sintenis Handb. S. 634. — v. Vangerow a a O.

(*g*) Schon darum nicht, weil die gesetzliche Hypothek wegen der dos nicht eintritt, wenn keine giltige Ehe eingegangen ist. Das fr. 17. §. 1. D. 42. 5 und fr. 74. D. 23. 3 redet nur von dem alten persönlichen privilegio exigendi gegen die nicht hypothekarischen Gläubiger des Mannes. Dieses steht allerdings auch der Braut zu. S. unten §. 527.

(*h*) fr. 3. pr. D. 27. 9. — fr. 7. pr. D. 20. 4. — const. 6. C. 7. 8.

(*i*) fr. 1. D. 20. 2. — fr. 24. §. 1. D. 42. 5. — Nov. 97. c. 3. — Dabelow S. 197. 616. — Heise Grundriß 3te Aufl. S. 61, Not. 27. — Schweppe jurist. Mag. St. 1 nr. 6. — Zimmern a. a. O. — BUCHHOLTZ l. c. pag. 27. — S. auch oben §. 314, Not. c.

§. 320.

b) Privilegirte Conventionalhypotheken.

B. Von den Conventionalhypotheken sind alle diejenigen privilegirt, denen ein Creditum zur Verwendung auf die verpfändete Sache (versio in rem) zum Grunde liegt. So oft nämlich durch eine Pfandschuld eine versio in rem oppigneratam gemacht worden ist, so hat das für sie constituirte specielle Pfandrecht vor den übrigen, gesetzlichen sowohl, als conventionellen, auch wenn sie älter oder öffentliche Pfandrechte sein sollten, den Vorzug, so weit die versio in rem geht (*a*). Dahin gehört nun insbesondere (*aa*): 1. die Hypothek desjenigen, welcher zur Anschaffung einer Sache, oder zur Erbauung eines Hauses, oder zur Erhaltung und Ausbesserung eines Hauses, oder zur Ausrüstung eines Schiffes, oder zur Erwerbung einer militia baares Geld oder andere Dinge, z. B. Baumaterial oder Arbeitslohn, creditirt und sich an der Sache eine Hypothek ausbedungen hat, vorausgesetzt, daß dieß gleich bei Eingehung des Darlehens geschah, und die beabsichtigte Verwendung desselben wirklich erfolgte (*b*); 2. die Hypothek, welche sich der Verkäufer einer Sache bei dem Verkaufe derselben bis zur Bezahlung des Kaufpreises reservirt hat (*c*).

(*a*) Dieß gilt auch von den gesetzlichen Pfandrechten dieser Art, welche schon im §. 319, Nr. 3. 4 angegeben sind.

(*aa*) Der folgende Text enthält nur Beispiele und es ist eben so unrichtig, wenn Thibaut Syst. §. 803 den Vorzug wegen Anschaffung auf angeschaffte Immobilien beschränken will, als wenn Zimmern, v. Buchholtz und Sintenis (s. Note *b*.) verlangen, daß gerade ein Geldbarlehen auf die verpfändete Sache verwendet worden sei. Fritz Erläut. B. 1. H. 2. S. 509 ff. — v. Vangerow a. a. O.

(*b*) fr. 5. 6. 21. §. 1. D. 20. 4. — const. 7. C. 8. 18. — const. 17. 27. C. 8. 14. — Nov. 53. cap. 5. — Nov. 97. cap. 3. 4. — JO. GE. FRID. RUMPEL (Pr. JO. CHRIST. KOCH) Diss. de pecunia ad emendum credita privilegiata et non privilegiata. Giess. 1772. — BENJ. FRID. PFIZER Diss. de pignore privilegiato, quod mutuando ad rem comparandam acquiritur. Stuttg. 1792. — Schweppe vom Concurse §. 70. — Zimmern röm. rechtl. Abh. S. 282. 337. — Gesterding Pfandr. S. 278. — BUCHHOLTZ l. c. pag. 27. — Göschen a. a. O. S. 184. — Sintenis Handb. S. 424 ff.

(*c*) arg. const. 7. C. 8. 18. Der Verkäufer ist hier nämlich so anzusehen, als habe er das Kaufgeld zur Anschaffung der Sache hergeliehen. Thibaut civ. Abh. S. 316. — Glück Comm. Th. 19. S. 311. — Seuffert Erört. B. 2. S. 121. — v. Schröter in Linde's Zeitschr. B. 1. S. 430. — Vergl. auch Sintenis Handb. S. 628.

§. 321.

c) Priorität der privilegirten Hypotheken unter sich.

Wenn mehrere privilegirte Hypotheken mit einander collidiren, so hat 1. der Fiscus wegen der öffentlichen Abgaben*) schlechthin den Vorzug vor allen, selbst ältern Pfandgläubigern (*a*). Hierauf folgt 2. zunächst derjenige, welcher zum Ankauf einer militia creditirt hat, vorausgesetzt, daß er sich in einer von Zeugen unterschriebenen Urkunde den Vorzug vor allen andern Gläubigern vorbehalten hat; sonst steht er der Frau nach (*b*). Ist ein solcher nicht

vorhanden, so folgt 3. die Ehefrau, welche wegen ihrer dos wiederum den Vorzug vor allen übrigen privilegirten Pfandgläubigern hat (*bb*). Concurriren die Dotalforderungen zweier Ehefrauen, so gebührt der ersten Frau und deren Kindern der Vorzug vor der zweiten Frau (*c*). 4. Erst nach vollständiger Befriedigung des Fiscus und der Ehefrau folgen die übrigen privilegirten Pfandgläubiger, welche sich auf eine Verwendung ihres Creditums zum Behuf der verpfändeten Sache berufen können (*d*). Unter den letztern hat derjenige, welcher sich auf eine spätere Verwendung berufen kann, den Vorzug (*e*). 5. Die letzte Stelle unter den privilegirten Pfandgläubigern nimmt der Fiscus wegen gewöhnlicher Contracts-Ansprüche ein (§. 319).

(*) Auf Grundsteuern will den absoluten Vorzug beschränken: Sintenis Handb. S. 646 ff.

(*a*) const. 1. C. 4. 46. — const. 4. C. 8 15. — const. 3. C. 12. 63. — Zimmern a. a. O. S. 303. — Dabelow vom Concurse S. 301. — Fritz Erläut. S. 314 ff. Ueber die Meinungen Anderer, welche der Ehefrau den Vorzug vor dem Fiscus geben, s. man: Glück Comm. Th. 19. S. 269 ff. — A. de Buchholtz l. c. p. 9. 41. Nur soweit die Dotalsachen noch vorhanden sind, geht die Frau, oder wer sonst die dos nach dem Gesetz zurückzufordern berechtigt ist, auch dem Fiscus vor. const. 30. C. 5. 12.

(*b*) Nov. 97. c. 4. — Glück a. a. O. S. 342. Not. 47. 48. — v. Schröter in Linde's und Marezoll's Zeitschr. B. 1. S. 341. — Buchholtz l. c. pag. 5. 15.

(*bb*) A. M. Puchta Pand. §. 211 Note *f*, welchem v. Vangerow Pand. §. 386 Anm. 2 und Arndts Pand. §. 385 Anm. 3 beistimmen. S. unten Note *d*.

(*c*) const. 12. §. 1. C. 8. 18. — Nov. 91. c. 1. — Nov. 97. c. 3. — Nov. 109. c. 1. — §. 29. J. 4. 6.

(*d*) Nov. 97. c. 3. 4. Nach der in der Note *bb*. erwähnten Puchta'schen Ansicht soll nur die ältere Hypothek der Ehefrau dem jüngeren wegen versio in rem bevorzugten Pfandrechte vorgehen; sonst sollen, wenn bevorzugte Pfandrechte dieser beiden Arten mit einander collidiren, die Regeln des folgenden Paragraphen entscheiden.

(*e*) fr. 5. 6. D. 20. 4.

§. 322.

3. Nicht privilegirte Pfandrechte.

Nach den privilegirten Pfandrechten folgen die nicht privilegirten, und zwar ohne Unterschied, ob sie gesetzliche, oder vertragsmäßige, oder testamentarische sind. Die Priorität derselben unter sich wird durch folgende Regeln bestimmt: 1. Zunächst entscheidet das Alter, so daß das ältere Pfandrecht den Vorzug vor dem jüngeren hat (*a*). Der Beweis des Datums (*b*) eines Pfandrechtes kann aber dritten Personen, und namentlich andern Pfandgläubigern, mit welchen man in Conflict kommt, gegenüber durch eine Privaturkunde in der Regel nicht geführt werden, sondern nur ausnahmsweise, wenn entweder die Urkunde von drei unbescholtenen Mannspersonen als Zeugen unterschrieben ist (s. g. instrumentum quasi publice confectum), oder auch der Gegner keinen andern Beweis des Datums seines Pfandrechts führen kann, als durch eine nicht von drei unbescholtenen männlichen Zeugen unterschriebene Privaturkunde (*c*). 2. Ist das Alter mehrerer Hypotheken gleich, so hat derjenige Pfandgläubiger den Vorzug, der sich im Besitze der verpfändeten Sache befindet (*d*). 3. Befindet sich auch keiner im Besitz und ist auch sonst Alles gleich, so bleibt Nichts weiter übrig, als daß Jeder von der verpfändeten Sache, so weit dieß möglich ist, nach Verhältniß seiner Forderung befriedigt wird (*e*).

(*a*) fr. 11. pr. D. 20. 4. — const. 8. C. 8. 18. Vergl. fr. 2. fr. 12. §. 2. 10. fr. 16. D. ibid. — Buchholtz l. c. pag. 56. Eine Ausnahme tritt ein bei prätorischen

Pfandrechten unter sich. fr. 12. pr. D. 42. 5. — const. 10. pr. C. 7. 72. — const. 2. C. 8. 18. — Glück Th. 19. S. 336.

(*b*) Die Existenz eines Pfandrechtes kann gegen Jeden durch eine gewöhnliche Privaturkunde bewiesen werden. v. Vangerow §. 387. A. M.: Bolley Lehre von öffentl. Unterpfändern. Tüb. 1802. §. 119. — Glück Comment. Th. 18. S. 292. Th. 19. S. 247.

(*c*) const. 11. C. 8. 18. — Nov. 91. c. 1. — Auth. *Si quis vult* C. ibid. Ueber den Sinn und Umfang der const. 11. C. cit. gibt es verschiedene Meinungen. Für die im Texte ausgesprochene Ansicht s. man: Car. Christ. Hofacker Diss. de praerogativa pignorum publicorum. Tubing. 1780. — Bolley in der angef. Schrift. — Glück Th. 18. S. 278 ff. — v. Vangerow § 387. — Vgl. auch: Gesterding Nachforsch. B. 2. S. 443. — Sintenis pfandrechtl. Streitfr. S. 116 ff. Handb. §. 30. — Ueber verschiedene andere Ansichten: Thibaut civil. Abhandl. S. 124—127. — Zimmern a. a. O. S. 301. — Schweppe jurist. Mag. St. 1. S. 149. — Gesterding Pfandr. §. 37. — v. Schirach Beitr. zur Anwendung des Rechts nr. 22. — Hagemann prakt. Erört. B. 6.. S. 295. 395. — v. Löhr im Arch. f. civ. Prax. B. 6. nr. 6. Bd. 12. S. 161. — Spangenberg in Strube's rechtl. Bed. B. 1. S. 419. — Schweppe Concurs 2te Ausg. S. 133 und röm. Privatr. B. 2. S. 333. — Seuffert Erört. Abth. 2. S. 140. — Francke Beitr. zur Erl. einz. Rechtsmat. B. 1. S. 105. — A. de Buchholtz l. c. p. 53, — Hepp in Elvers allg. jurist. Zeitung 1830. Nr. 85—87. — Das Nämliche gilt auch bei privilegirten Pfandgläubigern, soweit einer gegen den andern den Vorzug eines höheren Alters in Anspruch nehmen will.

(*d*) fr. 10. D. 20. 1.

(*e*) fr. 16. §. 8. D. 20. 1.

§. 323.

B. Rechte des vorgehenden Gläubigers (*a*).

Der einem Anderen aus irgend einem Grunde vorgehende Pfandgläubiger hat das Recht, zu verlangen, daß er zuerst wegen seiner ganzen Forderung aus der verpfändeten Sache befriedigt werde, sollte für den nachstehenden auch nichts übrig bleiben. Deshalb ist er auch berechtigt, ohne der Einwilligung des Letzteren zu bedürfen, zum Verkauf des Pfandes zu schreiten (*b*). Dagegen ist es dem nachstehenden Pfandgläubiger ohne Einwilligung des vorgehenden der Regel nach nicht erlaubt, die Sache zu verkaufen, es wäre denn, daß der vorgehende Pfandgläubiger dabei befriedigt würde (*c*).

(*a*) Löhr im Arch. f. civ. Pr. B. 14. S. 167 ff. Was hier und im §. 324 von dem Verhältniß zwischen dem vorgehenden und dem nachstehenden Pfandgläubiger gesagt wird, das bezieht sich nur auf den im Texte des §. 318 bezeichneten Fall, nicht auch auf die Fälle, von denen dort in der Note *aa*. die Rede ist.

(*b*) const. 3. C. 8. 20. — fr. 12. §. 7. 10. D. 20. 4. Gezwungen werden kann er nicht dazu. fr. 6. pr. D. 13. 7. — Löhr in s. Mag. B. 4. (2.) S. 139.

(*c*) const. 8. C. 8. 18. — fr. 15. §. 5. D. 42. 1. Vergl. über diesen Punkt: Bopp in Linde's Zeitschr. B. 3. S. 234. (Schunck's Jahrb. B. 17. S. 111.) — von Löhr im Arch. für civil. Prax. B. 14. S. 169. 174. — Bopp ebendas. B. 15. S. 350. — Fritz Erläut. B. 1. H. 2. S. 531. — Sintenis pfandrechtl. Streitfr. S. 122 ff. Handb. §. 68. — v. Vangerow Pand. §. 388.

§. 324.

C. Rechte des nachstehenden Gläubigers. Ius offerendi.

Der nachstehende Pfandgläubiger kann indeß die Collision mit dem vorhergehenden dadurch abwenden, daß er in die Stelle des letzteren eintritt. Dieser Eintritt kann geschehen: 1. mit Einwilligung des bessern Gläubigers, wenn dieser sich vom schlechtern abfinden läßt und ihm dagegen

seine Forderung und sein Pfandrecht cedirt (*a*); oder 2. mit **Einwilligung des Schuldners**, wenn der nachgehende Pfandgläubiger demselben Geld zur Abfindung eines vorhergehenden Gläubigers leihet und sich den Eintritt ausdrücklich vorbehält, auch die Abfindung wirklich erfolgt (*b*), oder wenn er die einem vorhergehenden Gläubiger verpfändete Sache unter der Bedingung kauft, daß dieser mit der Kauffumme abgefunden werde, in welchem Falle er in die Stelle desselben eintritt, auch ohne sich den Eintritt bedungen zu haben (*c*). Auf dieselbe Weise, wie ein schlechterer Pfandgläubiger **mit Einwilligung des Schuldners oder des bessern Pfandgläubigers** in die Stelle des letztern eintreten kann, kann dieß auch ein chirographarischer Gläubiger oder ein Dritter, der bisher noch gar nicht Gläubiger war (*d*). Außerdem steht 3. jedem schlechtern Pfandgläubiger, aber auch nur diesem, nicht auch einem chirographarischen Gläubiger oder einem Dritten (*e*), das wichtige Recht zu, den bessern Pfandgläubiger **auch ohne dessen und des Schuldners Zustimmung** vollständig zu befriedigen und dadurch für die Summe, welche er bezahlt, oder im Fall die Annahme derselben vom Pfandgläubiger verweigert wird, gerichtlich deponirt hat, in die Stelle desselben einzutreten (s. g. ius offerendi et succedendi) (*f*). Das Eigenthümliche dieses Rechtes besteht darin, daß dabei der Eintritt in die Stelle und in das Recht des abgefundenen Gläubigers immer ipso iure erfolgt, ohne daß es dazu einer Cession bedürfte, und zwar ohne Unterschied, ob der nachgehende Pfandgläubiger seinen unmittelbaren oder mittelbaren Vormann abfindet (*g*). Im letzteren Falle tritt er aber natürlich nur für die Forderung, welche er dem vorgehenden Gläubiger zahlt, in dessen besseres Recht ein und auf die Rechte der dazwischenstehenden Gläubiger hat dies keinen Einfluß (*h*). Uebrigens kann jenes Anbietungsrecht auch wiederum von einem noch weiter zurückstehenden Pfandgläubiger gegen denjenigen ausgeübt werden, der es selbst gegen einen früheren ausgeübt hat (*i*). Dagegen fällt es schlechthin weg, sobald die Sache von dem vorhergehenden Pfandgläubiger an einen Dritten ordnungsmäßig verkauft (*k*), oder der Verkauf desselben auch nur rechtskräftig erkannt, oder der Concurs über das Vermögen des Schuldners eröffnet worden ist (*l*).

(*a*) fr. 6. D. 18. 4. — const. 7. C. 4. 39.
(*b*) fr. 3. D. 20. 3. — fr. 12. §. 8. 9. D. 20. 4. — const. 1. C. 8. 19. — Buchholtz p. 66.
(*c*) fr. 3. §. 1. D. 20. 5. — fr. 17. D. 20. 4. — const. 3. C. 8. 19. — Gesterding Pfandrecht §. 40. — Glück Comm. Th. 19. S. 374. — Buchholtz l. c. pag. 60.
(*d*) S. die Note *a. b. c.* angeführten Stellen.
(*e*) const 10. C. 8. 18. — Uebrigens kann Jeder, der mit der hypothekarischen Klage belangt wird, sich durch Zahlung der Pfandschuld an den Kläger befreien, fr. 16. §. 3. D. 20. 1. — fr. 12. §. 1. D. 20. 6. — const. 2. C. 8. 32, und der iustus possessor, der auf diese Weise für einen Andern bezahlt, sowie der zur Zahlung genöthigte Bürge, kann Cession der zu bezahlenden Forderung und des Pfandrechts verlangen, fr. 19. D. 20. 4. — const. 2. 14. C. 8. 41; auch hat jener, wenn er keine Cession ausgewirkt, wegen seiner Auslage ein Retentionsrecht gegen den Schuldner, fr. 2. D. 20. 4. — Sehr streitig ist es, ob der bessere Pfandgläubiger gegen den schlechteren das ius offerendi et succedendi gar nicht oder nur als Besitzer und nur in der Weise wie jeder andere iustus possessor hat, oder ob es ihm gerade so zusteht, wie dem schlechteren Pfandgläubiger gegen den besseren, nur daß, wenn jeder den andern abfinden will, der bessere den Vorzug hat. Gewöhnlich nimmt man das Letztere an und beruft sich namentlich auf Paul. S. R. lib. 2. tit. 13. § 8 und const. 5. C. 8. 18. Glück Comm. Th. 19. S. 355. — Dagegen: Zimmern in Linde's Zeitschr. B. 1. S. 53. — Linde ebendas. B. 5. S. 293. B. 6. S. 215. — Fritz Erläut. B. 1. H. 2. S. 526 ff. —

Sintenis Handb. S. 409 ff. (S. auch S. 425, wo dem vorgehenden Pfandgläubiger jedes ius offerendi abgesprochen wird.) — Bachofen Röm. Pfandr. S. 504 ff. Für die gewöhnliche Ansicht: Müller im Arch. für civ. Pr. B. 11. S. 386 ff. und in s. civ. Abh. Th. 1. Nr. 2. — Schunck's Jahrb. B. 17. S. 113. B. 19. S. 118. — Vangerow §. 377 Anm. 1.

(*f*) const. 1. 5. 8. C. 8. 18. — fr. 11. §. 4. fr. 16. D. 20. 4. — fr. 5. pr. D. 20. 5. — const. 22 C. 8. 14. — const. 4. C. 8. 19. — const. un. C. 8. 27. — EBERH. BERGHOFF de successione hypothecaria. Gött. 1744. — ERN. FRID. GUIL. SCHULZE Diss. de iure eius cuius oblata pecunia creditores tempore anteriores dimittuntur, ad L. 1. C. de his qui in prior. cred. Cellis 1786. — HAUBOLD de iure offerendi. Lips. 1793. et in *Ejusd.* opusc. acad. ed. WENCK Vol. I. pag. 573. — Glück Comm. Th. 19. §. 1097. — Müller im Arch. für civ. Pr. B. 11. S. 385. — Linde in s. Zeitschr. B. 5. S. 290. B. 6. a. a. O. — Sintenis Handb. S. 422 ff.

(*g*) S. die in der vor. Not. angef. Stellen, besonders fr. 16. D. 20. 4. — Gesterding Pfandr. §. 39. — Mühlenbruch von der Cession S. 468. — Glück Comm. Th. 19. S. 362. — Linde a. a. O. S. 292. A. M. in HAUBOLD l. c. und WENCK in praef. ad eiusd. opusc. p. LXIII.

(*h*) fr. 16. D. 20. 4.

(*i*) fr. 5. §. 1. D. 20. 5.

(*k*) fr. 3. pr. D. 20. 5. — const. 1. C. 8. 20.

(*l*) MEVII Decis. P. 4. p. 158.

§. 325.

III. Klagen aus dem Pfandrechte. A. Petitorische(*).

Die Klagen aus dem Pfandrechte sind theils petitorische, theils possessorische. Die petitorische, auf Geltendmachung des Pfandrechts selbst gerichtete, Klage ist die hypothecaria actio (*a*). 1. Diese Klage wurde anfänglich nur dem Verpächter eines praedii rustici wegen der ihm zur Sicherheit des Pachtgeldes vertragsmäßig verpfändeten invecta et illata des Pächters gegeben und hieß Serviana actio; späterhin wurde sie analogisch, als quasi Serviana s. hypothecaria actio, jedem hypothekarischen Gläubiger, sowie dem Faustpfandgläubiger gestattet (*b*) und von Justinian auch auf das prätorische Pfandrecht ausgedehnt (*bb*). 2. Sie findet gegen jeden Besitzer der verpfändeten Sache statt, es sei der Verpfänder selbst oder ein Dritter (*bbb*); nur kann sich derjenige, dem an derselben ein gleich gutes oder besseres Pfandrecht als dem Kläger zusteht, in der Regel durch eine exceptio schützen (*c*). Wird sie nun gegen denjenigen, der die Sache dem Kläger verpfändet hat, selbst, oder gegen dessen Erben, oder auch gegen einen solchen dritten Besitzer, der sein Recht an derselben von jenem ableitet, angestellt, so braucht der Kläger nur die Schuld und das Factum der Verpfändung zu beweisen (*cc*); wird sie aber gegen einen solchen dritten Besitzer angestellt, der sein Recht an derselben nicht von dem Verpfänder des Klägers ableitet, so muß dieser zugleich beweisen, daß derjenige, welcher ihm die Sache verpfändete, Eigenthümer derselben war, oder doch ein Recht hatte, sie zu verpfänden. Kann oder will er dagegen nur bonae fidei possessio seines Verpfänders beweisen, so hat er zur Geltendmachung seines Pfandrechts die hypothekarische Klage nur, insofern sein Verpfänder die Publiciana haben würde (*ccc*). Die hypothekarische Klage (*d*) ist auf Geltendmachung des Pfandrechts und demzufolge zunächst auf Herausgabe der verpfändeten Sache zur Befriedigung des Klägers gerichtet (*dd*). 4. Wird sie gegen einen dritten Besitzer der Sache angestellt, so kann dieser nach dem neuesten Römischen Rechte verlangen, daß der Gläubiger zuvörderst den Schuldner selbst und dessen Bürgen ausklage (s. g. beneficium excussionis personalis (*e*),

und ebenso steht es ihm frei, sich durch Befriedigung des Klägers von der Klage zu befreien (*f*). 5. Wenn die in Anspruch genommene Sache nur zu dem generell verpfändeten ganzen Vermögen gehört, während eine oder mehrere andere Sachen aus diesem Vermögen in der Art speciell verpfändet sind, daß die generelle Verpfändung nur als subsidiär zu betrachten ist, so kann der Beklagte verlangen, daß sich der Kläger zunächst an die speciell verpfändeten halte (s. g. beneficium excussionis realis) (*g*). 6. Gegen den Schuldner selbst und gegen dessen Erben dauert die Klage 40 Jahre; gegen einen anderen Pfandgläubiger dauert sie, so lange der Schuldner lebt, ebenfalls 40 Jahre, nach dem Tode des Schuldners aber 40 oder 30 Jahre, je nachdem er sich die beim Leben des Schuldners schon abgelaufene Zeit anrechnen will oder nicht; gegen einen sonstigen dritten Besitzer erlischt die Klage in 30 Jahren, wofern sie nicht in Folge einer bei ihm eintretenden longi temporis praescriptio schon früher erlischt (*h*).

(*) Löhr über die dingl. Pfandklagen, in s. Mag. B. 3. (1.) Nr. 4. — Glück Comm. Th. 18. S. 309 ff. — du Roi im Arch. für civ. Pr. B. 6. S. 399. — Gesterding Pfandr. §. 46—50. — Schweppe Röm. Privatr. B. 2. §. 354 bis 357. — Francke civ. Abh. S. 103 ff. — Büchel civilrechtl. Erört. B. 1. H. 2. S. 104 ff. — Sintenis Handb. §. 25, besonders S. 200 ff. §. 59. — Rudorff in der Zeitschr. für geschichtl. RW. B. 13. Nr. 4. — Bachofen das R. Pfandr. B. 1. S. 1—138, besonders S. 27 ff. — Keller in der oben S. 89 cit. Recens. des Bachofen'schen Werkes, besonders S. 972 ff. — v. Keller Pand. §. 210.

(*a*) §. 7. J. 4. 6. Sie heißt auch wohl pigneratitia in rem actio. fr. 41. D. 13. 7. — fr. 3. §. 3. D. 10. 4. — fr. 7. §. 12. D. 10. 3. — fr. 11. §. 10. fr. 19. D. 44. 2. oder vindicatio pignoris. fr. 16. §. 3. D. 20. 1.

(*b*) §. 7. J. 4. 6. — const. 1. C. 6. 43.

(*bb*) const. 2. C. 8. 22.

(*bbb*) const. 14. 18. C. 8. 14.

(*c*) fr. 12. pr. §. 7. D. 20. 4. Diese exceptio kann durch eine replicatio beseitigt werden, wenn der Kläger das ius offerendi zur gehörigen Zeit ausübt. const. 7. §. 3. C. 7. 39. Ueber den Fall, wenn der nachstehende Pfandgläubiger von dem vorgehenden belangt wird, s. fr. 12. pr. cit.

(*cc*) fr. 21. §. 1. D. 20. 1. — fr. 13. §. 1. D. 16. 1. — fr. 30. §. 1 in fin. D. 44. 2. (Darüber: Francke civ. Abh. S. 112.) const. 10. C. 4. 24. — const. 15. C. 8. 14. — const. 1. C. 8. 33.

(*ccc*) fr. 23. D. 22. 3. — fr. 3. pr. fr. 18. D. 20. 1. — arg. fr. 9. §. 4. D. 6. 2. — fr. 14. D. 20. 4.

(*d*) Eine arbitrario actio, deren ehemalige formula in factum concipirt wurde. Ueber die Fassung der formula vergl.: Ribbentrop comm. ad L. 16. § 5. D. 20. 1. Gött. 1824. §. 4. — du Roi a. a. O. S. 402. — Francke a. a. O. S. 103. — Büchel a. a. O. S. 125 ff. — Huschke Studien S. 176 u. 196 und in Linde's Zeitschr. B. 20. S. 168. — Rudorff a. a. O. S. 206 ff. — Bachofen a. a. O., besonders S. 48 ff. — Keller Recens. S. 979. 981 ff. u. Dessen Civilproc. §. 33. — Brinz Pand. B. 1. S. 335. — Dernburg Pfandr. §. 7.

(*dd*) fr. 16. §. 3. 4. fr. 17. pr. fr. 21. §. 3. D. 20. 1.

(*e*) Nov. 4. c. 2., wodurch das ältere Recht in const. 14. C. 4. 10 und const. 14. 24. C. 8. 14 abgeändert ist. Vergl. Nov. 112. c. 1. — Glück Comm. Th. 18. S. 370 ff. — v. Löhr im Arch. für civ. Pr. B. 26. Nr. 1. — Knorr ebendas. B. 28. Nr. 8, besonders S. 187 ff. — Busch ebendas. B. 31. S. 20 ff.

(*f*) fr. 16. §. 3. D. 20. 1. — fr. 12. §. 1. D. 20. 6. — const. 19. C. 4. 32.

(*g*) const. 9. C. 8. 28. — const. 2. C. 8. 14. — Ob diese Einrede nur dem Verpfänder und andern Pfandgläubigern, oder auch jedem dritten Besitzer der Sache zustehe, ist streitig. Das Letztere ist die gewöhnliche Meinung. — Koch de beneficio excussionis tertio hypothecae specialis possessori competente. Giess. 1771. — Weber Versuche über das Civilrecht S. 117. Das Erstere haben zu vertheidigen gesucht: Hepp im Archiv. f. civ. Pr. B. 9. S. 370. — v. Schröter in Linde's Zeitschr. Bd. 1. S. 327 ff. Für die gewöhnliche Ansicht s. dagegen: Zimmern in Linde's Zeitschr.

B. 1. S. 47. — Gesterding Pfandr. 2. Ausg. S. 393. — Fritz Erläut. B. 1. H. 2. S. 536. — Thibaut im Arch. für civ. Pr. B. 18. Nr. 1. — Sintenis Handb. S. 494 ff. — v. Vangerow Pand. §. 389. Anm. 2. S. auch oben §. 306. Note *g*.

(*h*) const. 7. pr. §. 1. 2. const. 8. pr. C. 7. 39. verb. mit const 1. 2. C. 7. 36. — Vergl. Löhr im Arch. für civ. Pr. B. 10. S. 82. — Chr. Gottl. Biener interpret. et respons. cap. 35. Lips. 1828, et in eiusd. opusc. ed. Fr. Aug. Biener Vol. II. Nr. 113. — Unterholzner Verjährungslehre B. 2. §. 249.

§. 326.

B. Possessorische.

Zu den possessorischen Rechtsmitteln des Pfandgläubigers gehören: 1. die gewöhnlichen interdicta retinendae et recuperandae possessionis zum Schutz im Besitze der verpfändeten Sache; diese hat derjenige, welcher die Sache als Faustpfandgläubiger oder auch als hypothekarischer Gläubiger besitzt (*a*). 2. Das interdictum Salvianum; dies ist ein interdictum adipiscendae possessionis, welches, wie die eigentliche Serviana actio, nur dem Verpächter eines praedii rustici zusteht, um damit, wenn das Pachtgeld nicht zur gehörigen Zeit bezahlt wird, die Hindernisse zu beseitigen, die der Ergreifung des Besitzes der ihm vom Pächter vertragsmäßig verpfändeten Sachen in den Weg gelegt werden (*b*). Es wurde auch späterhin nicht andern hypothekarischen Gläubigern analogisch als s. g. interdictum quasi Salvianum gestattet (*c*). Nach dem älteren Rechte fand es gegen jeden Besitzer der verpfändeten Sachen, nach neuerem Recht findet es nur noch gegen den Verpfänder statt (*d*). 3. Das interdictum ne vis fiat ei, qui in possessionem missus est, welches demjenigen zustand, der eine prätorische Immission erlangt hatte und widerrechtlich an der Besitzergreifung verhindert wurde. Es ging auf vollen Schadenersatz (*e*).

(*a*) fr. 1. §. 9. D. 43. 16. — fr. 16. D. 41. 3. — fr. 3. §. 15. D. 10. 4. S. oben §. 316.

(*b*) Gajus IV. §. 147. — §. 3. J. 4. 15 u. Theophilus ad h. l. — fr. 1. pr. §. 1. D. 43. 33. — Gesterding Pfandr. §. 51. — Ph. Ed. Huschke über das Salvianische Interdict; in dessen Studien des Röm. Rechts. Breslau 1830. Nr. 4. — Rudorff a. a. O. S. 194 ff., besonders S. 209 ff. — Bachofen a. a. O. S. 7—17. — Keller a. a. O. — Daß dieses Interdict nicht zu den restitutorischen, sondern zu den prohibitorischen gehöre, lehrte zuerst Rudorff, welchem Bachofen und Keller hierin beistimmen.

(*c*) const. 1. C. 8. 9. vergl. mit §. 7. J. 4. 6. — Wening-Ingenheim Civilr. B. 1. §. 183. — Zimmern in Linde's und Marezoll's Zeitschr. B. 1. S. 54. A. M. Thibaut im Arch. für civ. Pr. B. 11. S. 123. Dagegen aber wieder: Zimmern im Arch. für civ. Pr. B. 11. S. 345. — Huschke a. a. O. S. 351 ff. — Sintenis Handb. §. 60. — Rudorff a. a O. — Bachofen a. a. O. (Eine neue Erklärung von Paul. S. R V. 6. §. 16. s. bei Rudorff und Bachofen.) Zweifelhaft findet diese Frage: v Keller Pand. §. 211.

(*d*) fr. 1. pr. §. 1. D. 43. 33. — const. 1. C. 8. 9. — Dieser Punkt ist sehr bestritten. A. M.: sind Car. Sam. Hering (Pr. Jo. Christ. Pesler) de Salviano interdicto utili adversus quemcunque rerum oppigneratarum possessorem competente. Francof. a. V. 1750. — Wening-Ingenheim und Zimmern a. a. O. — Mühlenbruch doctr. Pandect. §. 427. — Sintenis a. a. O. — Rudorff a. a. O. und viele Andere. Theilweise auch Huschke a. a. O. S. 378. und auf andere Weise Bachofen a. a O. Dagegen s.: Gesterding Pfandr. a. a. O. — Thibaut a. a. O. — Keller a. a. O. S. auch Dessen Pand. a. a. O.

(*e*) Dig. 43. 4. — Vergl. oben §. 179. Nr. 5 und §. 311.

Vierter Titel.

Von dem Erlöschen des Pfandrechts (*).

§. 327.

I. Aus allgemeinen Gründen.

Aus allgemeinen Gründen erlischt das Pfandrecht: 1. wenn die verpfändete Sache zu Grunde geht (*a*), oder so verändert wird, daß sie nicht mehr dieselbe Sache ist und es auch nicht wieder werden kann (*b*); 2. wenn eine Confusion in der Art eintritt, daß das Pfandobject und das Pfandrecht derselben Person zustehen (*c*); 3. wenn es nur auf eine Zeit lang eingeräumt und die Zeit abgelaufen ist (*d*); 4. wenn es von Jemanden bestellt war, der nur ein widerrufliches Recht an der Sache hatte, sobald das Recht desselben wegen seiner Widerruflichkeit aufhört (*e*); 5. wenn der Pfandgläubiger Verzicht darauf leistet (*f*), wohin denn auch gehört, wenn er sich an Statt des Pfandes einen Bürgen oder andere Sicherheit bestellen läßt (*ff*), oder wenn er dem Schuldner den Eid deferirt, daß die Sache nicht verpfändet sei, und dieser den Eid schwört (*fff*). Stillschweigend leistet der Gläubiger Verzicht, wenn er bei noch nicht bezahlter Schuld das Pfand oder die Pfandverschreibung zurückgibt (*g*), wenn er ausdrücklich seine Erlaubniß zum Verkauf des Pfandes an einen Andern ertheilt (*h*), und wenn er, präclusivisch geladen, sein Recht binnen der festgesetzten Frist nicht geltend macht (*i*). 6. Endlich wird das Pfandrecht auch dann unwirksam, wenn die longi temporis praescriptio dagegen begründet ist, was aber nur vorkommen kann, wenn der Besitz auf einen Dritten übergeht, der nicht Universalsuccessor des Verpfänders ist und von dem Pfandrechte nichts weiß (*k*).

(*) Dig. 20. 6. — Cod. 8. 26. u. 31. — Gesterding Pfandrecht §. 41 — 45. — Sintenis Handb. §. 69 u. 70.

(*a*) fr. 8. pr. D. 20. 6. — const. 25. C. 8. 14. Wird die Sache wieder hergestellt, so lebt auch das Pfandrecht wieder auf. fr. 29. §. 2. fr. 35. D. 20. 1.

(*b*) fr. 18 §. 3. D. 13. 7. — Eine bloße Veränderung, die mit der Sache vorgenommen wird, hebt dagegen das Pfandrecht nicht auf. fr. 16. §. 2. D. 20. 1.

(*c*) fr. 29. D. 13. 7. — fr. 9. pr. D. 20. 6. — fr. 30. §. 1. in fin. D. 44. 2. — Francke civ. Abh. Seite 112 ff. — Wenn indeß Jemand eine Mehreren verpfändete Sache kauft, und mit seinem Kaufgelde ein besserer Pfandgläubiger abgefunden wird, so kann er diejenigen Rechte, welche diesem gegen die creditores posteriores zustanden, gegen diese geltend machen, muß sich aber auch von ihrer Seite das ius offerendi gefallen lassen. const. 3. C. 8. 19. — fr. 17. D. 20. 4. Ebenso der bisherige bessere Pfandgläubiger selbst, dem der bisherige Eigenthümer das Pfandobject in solutum gegeben oder zu seiner Befriedigung verkauft hat. const. 1. C. 8. 20. Sowie auch derjenige, welcher, unbekannt mit seinem Pfandrecht, das Eigenthum der verpfändeten Sache an sich bringt. fr. 30 §. 1. D. 44. 2. Einen vierten hieher gehörigen Fall enthält nicht etwa fr. 6. D. 20. 5. Streitig ist, ob es nicht in den beiden ersten Fällen darauf ankommt, daß der Erwerber des Eigenthums mit den nachstehenden Pfandrechten unbekannt war. Ueber alle diese Fälle s. die oben §. 303 Note *b* angeführten Schriften.

(*d*) fr. 6. pr. D. 20. 6.

(*e*) fr. 3. D. ibid. — fr. 31. D. 20. 1. — fr. 4. §. 3. D. 18. 2. — Fritz im Arch. für civ. Pr. B. 8. S. 286. — Dessen Erläut. B. 1. H. 2. S. 266 ff. — Sintenis Handb. S. 664 ff. — Ders. in Linde's Zeitschr. B. 20 Nr. 2. — Deshalb erlischt auch das s. g. subpignus, sobald das Recht des ersten Pfandgläubigers aufhört. fr. 40. § 2. D. 13. 7. — const. 1. C. 8. 24.

(*f*) fr. 8. §. 1. D. 20. 6. — Cod. 8. 26. — Quistorp Beitr. zur Erläut. versch. Rechtsmaterien nr. 22. — Uebrigens ist ein einseitiger, nicht acceptirter Verzicht, den

Fall eines Vermächtnisses ausgenommen, nicht bindend. S. oben §. 180. Note *c.* (vergl. §. 292. Note *c.*) und Fritz Erläut. B. 1. H. 2. S. 543—545.

(*ff*) fr. 5. §. 2. fr. 6. §. 2. fr. 14. D. 20. 6. — fr. 9. §. 3. C. 13. 7. — arg. const. 8. C. 8. 42. — Vermehren im Arch. für civ. Pr. B. 13. S. 42.

(*fff*) fr. 5. §. 3. D. 20. 6. S. unten §. 441.

(*g*) const. 7. C. 8. 26. — fr. 1. §. 1. D. 34. 3. — fr. 3. D. 2. 14. — Westphal's Pfandrecht §. 237.

(*h*) fr. 4. §. 1, fr. 7. pr. fr. 12. pr. D. 20. 6. — fr. 158. D. 50. 17. — const. 2. 11. C. 8. 26. Vergl. fr. 4. §. 2. fr. 8. §. 15. D. 20. 6. Unterbleibt die Veräußerung, oder wird sie rückgängig, so bleibt das Pfandrecht bestehen. fr. 8. §. 6. fr. 10. pr. D. 20. 6. Erwirbt der Schuldner die veräußerte Sache nachher wieder, so tritt sie auch dann nicht wieder in den Pfandnexus, wenn die Verpfändung sich auf das ganze gegenwärtige und zukünftige Vermögen des Schuldners erstreckt hatte. const. 11. C. 8. 26. — Glück Comm. Th. 19. S. 431. A. M.: Vermehren a. a. O. S. 29. Gibt der Gläubiger blos zur weitern Verpfändung der Sache seine Einwilligung, so leistet er damit nicht immer auf sein Pfandrecht, sondern oft nur auf sein Vorzugsrecht Verzicht; im Zweifel aber ist ein Verzicht auf sein Pfandrecht anzunehmen. fr. 9. §. 1. fr. 12. pr. D. 20. 6. fr. 12. §. 4. D. 20. 4. A. M.: Vermehren a. a. O. S. 33.

(*i*) const. 6. C. 8. 26.

(*k*) fr. 12. D. 44. 3. — const. 1. 2. C. 7. 36. — const. 19. C. 8. 45. — const. 7. C. 4. 10. — const. 8. pr. C. 7. 39. Der Schuldner selbst und dessen Erben können durch l. t. possessio dem Pfandrechte kein Ende machen. fr. 1. §. 2. D. 20. 1. fr. 44. §. 5. D. 41. 3. — const. 7. C. 8. 14. Vielmehr dauert gegen sie die Pfandklage 40 Jahr. const. 7. §. 1. C. 7. 39. — Donelli comm. iur. civ. Lib. 5. c. 29. — Unterholzner Verjährung durch fortges. Besitz S. 75. 293. 313. 418. Verjährungslehre B. 2. §. 249.

§. 328.

II. Nach der eigenthümlichen Natur des Pfandrechts.

Seiner eigenthümlichen Natur nach erlischt das Pfandrecht: 1. Wenn die Schuld, für welche es bestellt wurde, auf die eine oder die andere Weise ganz getilgt wird (*a*), oder sonst, z. B. durch Confusion der Forderung und Schuld in Einer Person, erlischt (*b*). 2. Wenn das Pfand ordnungsmäßig vom Gläubiger verkauft wird (*c*); und zwar erlischt alsdann nicht blos das Pfandrecht des verkaufenden besten, sondern auch das der übrigen Pfandgläubiger (*d*).

(*a*) fr. 9. §. 3—5. fr. 13. pr. D. 13. 7. — fr. 6. pr. D. 20. 6. — fr. 18. D. 46. 2. — const. 3. C. 8. 31. — Weber nat. Verb. §. 1. 110. 111. — Erlischt die Forderung nur zum Theil, so dauert das Pfandrecht, weil es selbst untheilbar ist, wegen des Restes fort, fr. 9. §. 3. D. 13. 7. — const. 2. C. 8. 29, also auch dann, wenn einer von mehreren Miterben nur seinen Antheil an der Erbschaftsschuld bezahlt hat. const. 1. C. 8. 31. — const. 2. C. 8. 32. — const. 16. c. 8. 28. — Ebenso dauert das Pfandrecht fort, wenn auch die Schuldklage durch eine solche Einrede aufgehoben worden ist, wodurch nicht die Forderung selbst, sondern nur das Klagerecht wegen derselben vernichtet wird, so daß also die Schuld selbst als naturalis obligatio wirksam bleibt. const. 2. C. 8. 31. „Intelligere debes, vincula pignoris durare, personali actione submota" Daß aber diese Stelle sehr verschieden erklärt wird, ist bereits oben §. 304. Note *b* bemerkt worden. S. auch die §. 199. Note *h* angef. Schriften.

(*b*) fr. 75. fr. 95. §. 2. fr. 107. D. 46. 3. vergl. mit fr. 43. ibid. Eine bedeutende Beschränkung dieses Satzes behauptet: Büchel Erört. B. 1. H. 1. S. 49 ff. Dagegen: Schilling Lehrb. B. 2. §. 224. Note *a.* — Sintenis prakt. Civilr. B. 1. §. 81. Note 3.

(*c*) Cod. 8. 30.

(*d*) const. 1. C. 8. 20. Ueber den Fall, wenn nicht der Pfandgläubiger, sondern ein Erbe, welcher das beneficium inventarii hat, Erbschaftssachen verkauft, um aus dem Erlös Erbschaftsschulden oder Vermächtnisse zu bezahlen, s. man: const. 22. §. 8. (vergl. mit §. 5. 6.) C. 6. 30.

Zweites Buch.

Obligationen.

Ueber das Röm. Obligationenrecht überhaupt: DONELLI comm. iur. civ. Lib. XII—XVI. — Carl Franz Ferd. Bucher das Recht der Forderungen nach dem neuesten Röm. Rechte. Leipz. 1815. 2te Ausg. 1830. — C. F. Koch das Recht der Forderungen nach gemeinem und nach preußischem Rechte. 3 Bde. Breslau 1836—43. — K. A. D. Unterholzner quellenmäßige Zusammenstellung der Lehre des Römischen Rechts von den Schuldverhältnissen mit Berücksichtigung der heutigen Anwendung. Nach des Verfassers Tode mit einer Vorrede herausgegeben von Ph. E. Huschke. 2 Bde. Leipz. 1840. — v. Vangerow Lehrb. der Pandekten. B. 3. — F. A. von Savigny das Obligationenrecht als Theil des heutigen Röm. Rechts. Bd. 1. Berl. 1851. (Darüber: Brinz krit. Blätter Nr. 3 u. 4 und v. Scheurl in der krit. Zeitschr. f. die gesammte RW. B. 1. S. 496 ff.) Bd. 2. 1853. — MOLITOR les obligations en droit romain avec l'indication des rapports entre la legislation romaine et le droit français; 3 tomes, Gand 1851—53.

Erster Abschnitt.

Allgemeine Vorkenntnisse.

Erstes Capitel.

Von dem Begriffe und der Verschiedenheit der Obligationen überhaupt.

§. 329.

I. Begriff von obligatio.

Obligatio heißt das zwischen zwei bestimmten Personen bestehende Rechtsverhältniß, vermöge dessen die eine, der Gläubiger, von der andern, dem Schuldner, eine Leistung zu fordern berechtigt ist, die einen Geldwerth hat. In diesem Sinne bedeutet also obligatio nicht blos die Verpflichtung des Schuldners, sondern zugleich auch das Recht des Gläubigers (*a*). Aber auch die Thatsache, wodurch eine solche Forderung und Schuld begründet wird, heißt obligatio (*b*), und dann auch wohl die darüber ausgestellte Urkunde (*c*).

(*a* pr. Inst. 3. 13. (14.) „Obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius rei solvendae, secundum nostrae civitatis iura." fr. 3. pr. D. 44. 7. „Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum aut servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid, vel faciendum, vel praestandum." Vergl. fr. 9. §. 2. D. 40. 7. — Hugo civil. Mag. B. 1. nr. 9. B. 3. nr. 20. — DU ROI spec. observat. de iure in re (Heidelb. 1812.) obs. 1. §. 2. — Schweppe jurist. Mag. St. 1. S. 141. — Bucher a. a. O.

§. 1. 2. — v. Savigny Obl. R. §. 2. 3. — Brinz krit. Blätter Nr. 3. S. 3 ff. — v. Scheurl a. a. O. S. 497 ff. — Kuntze die Obligation u. die Singularsuccession. Leipz. 1856. §. 1—6. (Darüber: Dworzak in der krit. Ueberschau B. 4. S. 47 ff.) — Brinz Pand. B. 1. §. 88. 89. 124—26. Ueber die Worte: „ad dandum aliquid, vel faciendum, vel praestandum" vergl. Gaj. IV. §. 2. — fr. 13. §. 6. D. 19. 1. — fr. 37. pr. D. 38. 1. — Marezoll in s. und Linde's Zeitschr. B. 10. Nr. 8. — v. Savigny Syst. B. 5. S. 589. 596 ff. — Unterholzner Schuldverhältnisse B. 1. S. 200 ff. — Puchta Inst. B. 2. §. 165 (namentlich Note *y*). — Rudorff in der Zeitschr. für geschichtl. RW. B. 13. Seite 187. Note *g*. — Huschke ebendas. S. 249. ff. — v. Savigny Obl. R. §. 28. S. 297. ff.

(*b*) fr. 19. D. 50. 16. „Contractus est ultro citroque obligatio."

(*c*) Daher: obligationem repetere, condicere. const. 7. C. 4. 30. Auf Sachen bezogen, bedeutet obligatio bald das Pfandrecht, const. un. C. 8. 21. — fr. 11. §. 6. D. 13. 7. — const. 4. C. 8. 17. — const. 6. C. 8. 26, — bald die Verpfändung einer Sache, fr. 4. D. 20. 3, — bald den Pfandbrief, fr. 28. D. 48. 10. S. darüber besonders: Riebel in Hugo's civ. Mag. B. 5. nr. 3. — Büchel Erört. B. 1. H. 2. S. 26. ff. — Fritz Erl. B. 2. (H. 3.) S. 2. ff. — Koch a. a. O. B. 1. S. 9. Vergl. oben §. 303.

§. 330.

II. Verschiedenheit der obligatio. A. Nach ihren Subjecten.

Es gibt Fälle, in welchen scheinbar bei einer obligatio mehrere Gläubiger oder mehrere Schuldner vorkommen. Dahin gehört: 1. die s. g. obligatio pro rata s. in partem, wenn jeder von den mehreren Gläubigern nur einen Theil vom Object fordern kann, oder jeder von den mehreren Schuldnern nur einen Theil zu bezahlen verpflichtet ist (*a*). 2. Die s. g. obligatio in solidum (*b*), wenn von den mehreren Gläubigern jeder das Ganze zu fordern berechtigt, oder von den mehreren Schuldnern jeder das Ganze zu leisten verpflichtet ist. Diese kommt auf zweierlei Weise vor: a) so, daß das Ganze mehrmals geleistet werden muß (*c*); b) so, daß, wenn der eine Gläubiger das Ganze erhalten hat, die übrigen nichts mehr fordern können, und daß, wenn der eine Schuldner das Ganze geleistet hat, nun auch die übrigen frei sind (s. g. obligatio correalis activa und passiva) (*d*). Von den Fällen dieser Art wird in den Quellen des Römischen Rechts am ausführlichsten der besprochen, wenn eine Stipulation (§. 413) abgeschlossen ist, deren besondere Fassung die solidarische Berechtigung mehrerer Stipulatoren (plures rei s. correi stipulandi) oder die solidarische Verpflichtung mehrerer Promittenten (plures rei s. correi promittendi) in diesem Sinne bezweckt (*e*). Es kann aber auch bei einem anderen obligatorischen Vertrage festgesetzt werden, daß die mehreren Gläubiger Correalgläubiger, oder daß die mehreren Schuldner Correalschuldner sein sollen (*f*), und ebenso bei einem Vermächtniß (*g*); auch gibt es obligatorische Verträge, bei denen sich, wenn mehrere Promittenten vorhanden sind, die passive Correalität von selbst versteht (*h*), und dasselbe gilt bei gewissen Quasicontracten, durch welche mehrere Personen sich zu einer Leistung obligiren (*i*); endlich ist ein wichtiger Fall der passiven Correalität der, wenn mehrere Personen sich durch ein gemeinschaftliches Vergehen (*k*) oder Quasidelict (*l*) zum Schadenersatz verpflichten. Die Correalschuldner haben in einigen Fällen, aber nicht immer, das auxilium divisionis oder beneficium dividendae actionis (*m*), kraft dessen derjenige, welcher belangt wird, wenn die übrigen zahlungsfähig sind, verlangen kann, daß er nur auf einen Theil verurtheilt werde (*n*).

(*a*) fr. 11. §. 1. 2. D. 45. 2. — fr. 10. §. 3. D. 49. 1. — const. 6. C. 3. 36. Es besteht aber hier nicht blos eine Obligation, sondern es sind eben so viele einzelne Obligationen vorhanden, als Gläubiger oder Schuldner. const. 6. cit. — Fritz Erl. a. a. O. S. 163. — v. Savigny Obl. R. §. 16 im Anf.

(*b*) Solidum heißt hier, wie in anderem Zusammenhange, das Ganze. Hugo civ. Mag. B. 4. S. 250 — Fritz a. a. O. S. 164.

(*c*) So muß namentlich, wenn Mehrere ein Delict mit einander begehen, die darauf gesetzte Privatstrafe von jedem einzelnen Delinquenten ganz bezahlt werden. fr. 1. §. 2. D. 9. 2. — fr. 55. §. 1. D. 26. 7. — const. 1. C. 4. 8. Ein hierher gehöriges Beispiel von mehreren in solidum Berechtigten enthält §. 2. J. 4. 4. — Auch in solchen Fällen sind unbestritten eben so viele einzelne Obligationen vorhanden, als Gläubiger oder Schuldner.

(*d*) Aus der Literatur sind herauszuheben: Donelli tract. de duob. reis. In operib. T 9. — Ronchegalli tr. de duob. reis. Lugd. 1559. Marp. 1612. — Ant. Fabri conj. jur. civ. L 11. — Vinc. Dresky diss. de correali obl. ejusque effectib. Gött. 1777. — v. Bülow Abh. Th. 2. Nr. 18. 19. — Ribbentrop zur Lehre von den Correalobligationen. Gött. 1831. — Appelius im Arch. für civ. Pr. B. 16. S. 280. — v. Schröter in Linde's Zeitschr. B. 6. Nr. 12. — Unterholzner Schuldverh. B. 1. S. 173 ff. 634 ff. — v. Savigny O. R. §. 15–27. — Girtanner die Bürgsch. S. 75 ff. S. 397 ff. u. S. 568. — Brinz krit. Blätter Nr. 4. — Bekker die processualische Consumtion §. 17. — L. Rückert in der Zeitschr. von Linde u. F. B 12 Nr. 1. — v. Vangerow §. 543. — Kuntze die Oblig. u. die Singularsuccession §. 30–57. — Th. L v. Helmolt die Correaloblig. Gießen 1857. — Windscheid in der krit. Ueberschau B. 6. S. 209 ff. — Ch. Demangeat des obligations solidaires Par. 1858. — Girtanner die Stipulation. Kiel 1859. Nr. XV. S. 252 ff. — H. Fitting die Natur der Correalobligationen. Erl. 1859. — F. Samhaber zur Lehre von den Correaloblig. im Röm. u. heutigen Recht. Erl. 1861. — Fritz in der Zeitschr. v. Linde u. F. B. 17. Nr. 6. B. 18. Nr. 18. B. 19. Nr. 2. (Von demselben Verf. ist noch eine weitere Abhandlung: „über die ohne Correalstipulation entstehenden Correalobligationen," zu erwarten, worin unter Anderem nachgewiesen werden soll, daß die seit Ribbentrop übliche Unterscheidung zwischen wahren Correalobligationen und bloßen Solidarobligationen ungegründet ist.) Ueber das bestrittene Recht des correus debendi, von dem anderen correus theilweise Ersatz der gezahlten Correalschuld zu verlangen, s.: Glück Comm. Th. 4 S. 528. — W. Sell in Linde's Zeitschr. B. 3. S. 370. B. 4. S. 17. und in s. Vers. Th. 1. S. 116. — v. Schröter in ders. Zeitschr. B. 6. S. 415 ff. — Habicht rechtl. Erört. B. 1. S. 1 ff. — v. Savigny O. R. §. 23—25. — v. Vangerow a. a. O. Anm. 3.

(*e*) Es finden sich besondere Titel darüber in den Institutionen, in den Pandekten und in dem Codex. Inst. 3. 16. (3. 17.) — Dig. 45. 2. — Cod. 8. 40. Auch hier werden eben so viele einzelne Obligationen statuirt, als Correalgläubiger oder Correalschuldner vorhanden sind, so namentlich in fr. 3. pr. fr. 9. §. 2. fr. 13. h. t.; es wird aber auch darauf aufmerksam gemacht, daß die mehreren Obligationen eine Einheit bilden, so z. B. in: fr. 2. fr. 3. §. 1. fr. 6. §. 3. fr. 9. §. 1. h. t. — §. 1. vergl. mit pr. J. h. t. — fr. 9. pr. D. 2. 14. — fr. 34. §. 1. D. 46. 3. — fr. 16. pr. D. 46. 4.

(*f*) fr. 9. pr. D. 45. 2. — fr. 47. D. 19. 2.

(*g*) fr. 9. pr. cit. — fr. 8. §. 1. D. 30.

(*h*) fr. 5. §. 15. D. 13. 6. — fr. 1. §. 43. D. 16. 3. — fr. 59. §. 3. fr. 60. §. 2. D. 17. 1. — fr. 52. §. 3. D. 46. 1. — const. 28. C. 8. 41. Die Untheilbarkeit des Gegenstandes hat nur selten diese Wirkung. S. besonders v. Savigny O. R. §. 33 ff. Ueber die untheilbaren Obligationen überhaupt s.: J. Rubo Versuch einer Erklärung der fr. 2. 3. 4. 85. D. de verb. obl. über die Theilbarkeit und Untheilbarkeit der Obligationen nach Röm. Rechte. Berlin 1822. — A. H. G. Backer de obligationibus dividuis et individuis. L. B. 1822. — Ph. Serrurier responsio ad quaest. de obligationibus dividuis et individuis; in Annal. Academiae Gand. a. 1822—23. — J. G. Ribbentrop a. a. O. S. 178. — Ch. A. de Scheurl comm. de divid. et indiv. obl. Erl. 1835. — Warnkönig in Roßhirt's Zeitschr. B. 3. S. 81 ff. — Fritz Erl. a. a. O. S. 171 ff. — v. Vangerow Pand. B. 3. §. 566. Anm. 2. — Savigny §. 29—36. — A. Ubbelohde die Lehre von den untheilbaren Obligationen. Hann. 1862.

(*i*) Namentlich wenn Mehrere eine Vormundschaft ungetheilt verwalten. fr. 1. §. 43. D. 16. 3. — fr. 18. §. 1. fr. 42. D. 26. 7. — fr. 1. §. 13. 17. fr. 15. 21. D. 27. 3. — const. 2. C. 5. 58.

(*k*) fr. 14. §. 15. fr. 15. D. 4. 2. — fr. 5. pr. D. 9. 4. — fr. 3. pr. D. 11. 6. — fr. 8. D. 27. 6. — fr. 1. §. 13. D. 43. 16. — const. 1. C. 4. 8.

(*l*) fr. 2. §. 4. D. 9. 3.

(*m*) Diese Rechtswohlthat wurde von Hadrian eingeführt nicht für eigentliche Correalschuldner, sondern für confidejussores (§. 419, A 3), denen sofort mehrere mandatores (§. 391) und von Justinian auch mehrere Constituenten einer fremden Schuld (§. 438) gleichgestellt wurden. fr. 7. D. 27. 7. — const. ult. c. 4. 18. Sie wurde aber schon frühe ausgedehnt auf zweierlei Correalschuldner, nämlich auf mehrere Vormünder und auf mehrere obrigkeitliche Personen. fr. 1. §. 11—13. D. 27. 3. — fr. 7. D. 27. 8. Eine sehr bedeutende Ausdehnung will man gewöhnlich in der Nov. 99 finden, nämlich eine Ausdehnung auf alle (oder fast alle) Fälle, in welchen mehrere Schuldner in Folge eines Vertrags solidarisch obligirt sind. Es sind aber auch verschiedene andere Auslegungen dieser Novelle aufgestellt worden. Vergl. über die verschiedenen Ansichten: Glück Comm. Th. 4. §. 339. — Gust. Asverus spec. ad Nov. 99. Jen. 1822. — v. Schröter in Linde's Zeitschr. B. 6. S. 435 ff. — Burchardi im Arch. f. civ. Pr. B. 19. S. 49 ff. — Fritz Erl. a. a. O. S. 190 ff. Heimbach in Linde's Zeitschr. B. 16. S. 65 ff — Vangerow a. a. O. Anm. 4. — v. Savigny O. R. §. 26. — Brinz krit Blätter Nr. 4. S. 35 ff. — Grotefend de exc. divis. Gott. 1852. — L. Rueckert de exc. quam vocant div. Gott. 1852. Ders. in Linde's Zeitschr. n. F. B. 12. S. 55 ff. — Dedekind de exc. div. Gott. 1853. — Derselbe im Arch. f. civ. Praxis B. 42. S. 270 ff.

(*n*) Ueber die Wirkung des beneficii divisionis, besonders über die Frage: ob dadurch die obligatio in solidum ganz aufgehoben und in eine obligatio pro rata verwandelt werde? s. v. Wening-Ingenheim in Linde's und Marezoll's Zeitschr. B. 4. S. 382.

§. 331.

B. Nach ihrem Gegenstande.

In Rücksicht ihres Gegenstandes ist eine Obligation entweder auf ein Geben, Thun, Gestatten oder Unterlassen (*) gerichtet. In dem einen wie in dem anderen Falle kann sie eine einfache oder eine mehrfache sein, je nachdem sie nur auf Einen Gegenstand oder auf mehrere gerichtet ist. Die letztere ist wiederum copulativ, wenn die mehreren Objecte sämmtlich geleistet werden müssen, damit der Schuldner frei werde, oder alternativ, wenn nur eins oder das andere geleistet zu werden braucht, wobei denn der Regel nach der Schuldner die Wahl hat, was er leisten will (*a*). Diese Regel leidet indeß eine Ausnahme (*b*), wenn bei der Begründung der Obligation das Wahlrecht dem Gläubiger ausdrücklich zugestanden worden ist. Hat dieser alsdann einmal gewählt und die Klage auf den einen Gegenstand angestellt, so ist damit seine Forderung auf den andern Gegenstand erloschen (*c*).

(*) Die Obligationen auf ein Unterlassen sind selten. Von einigen derselben kann man sagen, sie gehen auf ein Gestatten. Beispiele: fr. 2. §. 5. fr. 4. pr. §. 1. fr. 50. pr. fr. 75. §. 5. fr. 83. pr. fr. 85. §. 3. D. 45. 1. — fr. 13. pr. D. 8. 4. — v. Savigny O. R. §. 28. S. 296.

(*a*) fr. 10. §. 6. in fin. D. 23. 3. — „Cum illa aut illa res promittitur, rei electio est, utram praestet." Vergl. fr. 138. §. 1. D. 45. 1. — fr. 34. §. 6. D. 18. 1. — fr. 75. §. 3. D. 30. — Mühlenbruch von der Cession der Forderungsrechte. 3. Ausg. S. 263. — Zimmern im Arch. für die civ. Praxis. B. 1. Nr. 23. — v. Savigny O. R. §. 38. S. 389 ff.

(*b*) Eine andere seltene Ausnahme, die häufig zu weit ausgedehnt wird, enthält fr. 2. §. 3. D. 13. 4. S. darüber v. Vangerow Leitf. §. 569. Anm. 1. Nr. 4. Eine weitere Ausnahme bei alternativen Legaten behauptet v. Savigny S. 392 ff.

(*c*) fr. 19. D. 31. — fr. 112. pr. D. 45. 1. — fr. 9. §. 1. D. 14. 4. — fr. 4. §. 3. D. 9. 4. — fr. 5. pr. D. 30. Ob dieses schon vor Anstellung der Klage (oder richtiger ausgedrückt, vor der litis contestatio) in Folge einer bloßen Erklärung des Gläu-

digers der Fall ist, das hängt von den bei der Contrahirung der obligatio gebrauchten Ausdrücken ab. fr. 112. pr. cit. S. auch oben §. 197. b. Not. *d*.

§. 332.

C. Nach ihrer Wirksamkeit.

Vollkommen wirksam ist nur dasjenige Forderungsrecht, welches eine durch keine exceptio peremtoria zu beseitigende persönliche Klage erzeugt (*a*), dieselbe mag nun auf dem Civilrecht beruhen (obligatio civilis) oder auf dem jus honorarium (obligatio honoraria, meistens praetoria) (*b*), und es mag als eine Eigenthümlichkeit des Römischen Rechts erscheinen oder dem jus gentium angehören (obligatio naturalis im weiteren Sinne) (*c*). Ist eine klagbare obligatio (obligatio im engeren Sinne) (*d*) ipso iure nicht vorhanden (obligatio nulla) oder kann der daraus entspringenden Klage eine exceptio peremtoria mit Erfolg entgegengesetzt werden (*e*), so ist sie zuweilen dennoch der naturalis aequitas wegen nicht ganz unwirksam. In solchen Fällen ist eine naturalis obligatio im engeren Sinne vorhanden (*f*). Ihre Wirkung besteht vor Allem darin, daß es bei ihrer Erfüllung, wenn sie einmal erfolgt ist, sein Bewenden behält, daß also das Geleistete nicht zurückgefordert werden kann (*g*), und dazu kommt in den meisten Fällen noch, daß die noch nicht erfüllte Forderung auf andere Weise als durch Klage eben so geltend gemacht werden kann (*h*), und daß Rechtsgeschäfte, welche zu ihrer Giltigkeit eine Forderung voraussetzen, über sie mit gleicher Wirkung abgeschlossen werden können, wie wenn sie eine vollkommen klagbare obligatio wäre (*i*).

(*a*) fr. 10. D. 50. 16. — fr. 42. §. 1. D. 44. 7.

(*b*) §. 1. J. 3. 13. (14.) — §. 3. 8—11. J. 4. 6. — fr. 1. §. 8. D. 13. 5.

(*c*) fr. 84. §. 1. D. 50. 17. S. auch: §. 1. J. cit. — fr. 5. D. 1. 1. — fr. 10. D. 44. 7. — fr. 16. §. 4. D. 46. 1. Jedoch ist über die Auslegung der beiden letzteren Stellen in dieser Beziehung Streit. S. die in der Note *f* angeführten Schriftsteller und v. Vangerow Pand. §. 566.

(*d*) pr. §. 1. J. 3. 13. (3. 14.) — fr. 7. §. 4. D. 2. 14.

(*e*) S. z. B. fr. 9. §. 4. 5. fr. 10. D. 14. 6.

(*f*) Ad. Dietr. Weber systematische Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit und deren gerichtlichen Wirkung. 4. Ausg. Schwerin und Wismar 1805. 5. Ausg. 1811. — Jo. Conr. Dümmler Diss. inquirens: praecepta iuris naturae an vi sua auctoritatem legum effectumque civilem in iudiciis nostris habere possint. Kiliae 1808. §. 13 seq. — Bucher Recht der Forderungen §. 4—10. — C. F. Reinhardt Lehre des Röm. Rechts von der Verbindlichkeit im Allgemeinen und von der natürlichen Verbindlichkeit insbesondere. Stuttgart 1827. — W. Francke civil. Abhandl. S. 66. — Alex. Fel. Eleon. Lelièvre Resp. ad quaestionem: quid est obligatio naturalis ex sententia Romanorum? Lovanii 1827. — Roßhirt in s. Zeitschr. B. 1. H. 2. Nr. 1. — v. Meyerfeld die Lehre von den Schenkungen. Marb. 1835. B. 1. S 339 ff. — Büchel civilrecht. Erört. B. 2. H. 1. S. 57 ff. (Sintenis in Richter's krit. Jahrb. B. 1. S. 293 ff.) — C. Sell in s. Jahrb. B. 1. S. 116 ff. — Koch Recht der Ford. B. 1. S. 16 ff. — Unterholzner Schuldverhältn. B. 1. S. 11 ff. — L. de Pfordten de obligationis civilis in naturalem transitu. Lips. 1843. (Richter's krit. Jahrb. B. 14. S. 656 ff.) — Christiansen zur Lehre von der naturalis obligatio. Kiel 1844. — Sintenis prakt. Civilr. B 2. S. 5 ff. — A. Erxleben die condictiones sine causa. 1. Abth. die cond. indebiti. Leipz. 1850. §. 8. S. 118 ff. — v. Savigny O. R. §. 5—14. — Brinz krit. Blätter Nr. 3. S. 12 ff. — v. Scheurl a. a. O. S. 501 ff. — Holtius Abhandlungen civilistischen u. handelsrechtlichen Inhalts, übersetzt von Sutrio. Utrecht 1851. Nr. 1. — Schultze de natur. obl. pupillor. Gryph. 1853. p. 9. seqq. — C. A. Schwanert die Naturalobligation des Röm. Rechtes. Rost. 1861. — v. Keller in Bekker's u. Muther's Jahrb. B. 4. Nr. 12. — Bekker ebendas. Nr. 13 u. 14. — v. Keller Pand. §. 227.

(*g*) fr. 10. cit. — fr. 16. §. 4. cit.
(*h*) S. z. B. fr. 6. D. 16. 2.
(*i*) Namentlich Verbürgung, Verpfändung, Novation und constitutum. §. 1. J. 3. 20. (3. 21.) — fr. 5. pr. fr. 14. §. 1. D. 20. 1. — fr. 1. §. 1. D. 46. 2. — fr. 1. §. 7. D. 13. 5.

Zweites Capitel.

Von der Cession der Forderungen (*a*).

§. 333.

I. Begriff der Cession.

Forderungen, als Rechtsverhältnisse zwischen bestimmten Personen (§. 329), können nach der Strenge des Römischen Rechts nur durch Universal-Succession, nicht durch Singular-Succession, auf Andere übergehen, also auch nicht an Andere abgetreten werden (*b*). Wollte man nun einem Anderen den Vortheil von einer Forderung zuwenden, so konnte dies anfänglich nur so geschehen, daß man ihm Auftrag zur Einklagung derselben gab, und zwar so, daß er dasjenige, was er durch die Klage erhalten würde, für sich behalten solle (*bb*). Dieß hieß praestare s. mandare actiones und derjenige, der einen solchen Auftrag erhielt, wurde procurator in rem suam genannt (*c*). Dieser konnte anfänglich die Klage nur im Namen des wahren Gläubigers anstellen, späterhin wurde sie ihm aber auch als utilis actio im eigenen Namen gestattet (*d*), und war als solche eben so wirksam als die directa actio (*e*). Auch kam es dahin, daß ein anderes Rechtsgeschäft, wodurch Jemand einem Andern die Ausübung seines Forderungsrechtes einräumt, dieselben utiles actiones erzeugt, wie das mandatum ad agendum. Im neuern Rechte ist nun der allgemeine Ausdruck cedere actionem s. nomen. Cessio actionis s. nominis oder Abtretung einer Forderung ist daher im Grund nichts weiter als ein Rechtsgeschäft, wodurch wir einem Anderen das Recht einräumen, eine uns zustehende Forderung wie seine eigene und zu seinem Vortheil einzuklagen und überhaupt auszuüben (*f*).

(*a*) Donelli comm. iur. civ. Lib. 15. cap. 43. — Glück Comm. Th. 16. §. 1017—1025. — Bucher Recht der Forderungen §. 23—31. Besonders: C. F. Mühlenbruch von der Cession der Forderungsrechte. Greifswald 1817. 2te Ausg. 1826. (Darüber: Zimmern in den Berl. Jahrb. für wiss. Kritik 1827. Nr. 122. 123.) 3te Ausg. 1836. — C. F. Koch die Lehre von dem Uebergang der Forderungsrechte durch Universal- und Singular-Succession nach den Grunds. des preuß. Rechts in Vergleichung mit dem gemeinen, österr. und franz. Rechte. Bresl. 1837. — Puchta in Weiske's Rechtslex. B. 2. S. 636 ff. (Auch in s. kleinen Schriften Nr. 27.) — Unterholzner Schuldverh. B. 1. S. 601 ff. — Roßhirt in s. Zeitschr. B. 5. S. 41 ff. — Molitor les obligations T. 3. p. 433. seqq. — Windscheid die actio S. 120 ff. — O. Bähr in Iherings und v. Gerber's Jahrb. B. 1. Nr. 8. — Brinz Pand. B. 1. §. 130 und 131. — Muther zur Lehre von der actio S. 145 ff. — Windscheid Abwehr S. 32 ff. — Arndts Pand. §. 254 ff. — v. Keller Pand. §. 280 ff.
(*b*) Mühlenbruch §. 1—4.
(*bb*) Jedoch war auch dieser Weg erst zuläßig, seitdem eine Stellvertretung der Parteien im Processe überhaupt gestattet wurde. Ueber diesen Punkt s.: Gaj. IV. § 22 seqq. — pr. J. 4. 10.
(*c*) fr. 3. §. 5. D. 15. 3. — fr. 8. §. 5. D. 17. 1. — fr. 76. D. 46. 3. — fr. 2. D. 16. 3. — fr. 31. D. 19. 1. — fr. 7. D. 44. 7. — const. 6. C. 4. 10.
(*d*) fr. 16. pr. D. 2. 14. — fr. 76. D. 46. 3. — const. 7. 8. C. 4. 39. — const. 1. 2. C. 4. 10. — const. 5. C. 4. 15. — const. 18. C. 6. 37. — Mühlenbruch §. 16.

(*e*) fr. 47. §. 1. D. 3. 5. — Mühlenbruch §. 16. 17., besonders S. 181 ff. Vergl. übrigens Roßhirt a. a. O.

(*f*) Ueber den Unterschied zwischen cessio nominis und delegatio nominis s. unten §. 497. 498.

§. 334.

II. Subjecte der Cession.

Derjenige, welcher dem Andern eine Forderung abtritt, heißt heutzutage cedens, derjenige, welchem sie abgetreten wird, cessionarius oder procurator in rem suam, und derjenige, gegen welchen sie zusteht, debitor cessus. Der Regel nach kann man seine Forderung Jedem cediren, doch leidet dieß folgende Ausnahmen: 1. die Cession darf bei Strafe des Verlustes der Forderung nicht in arglistiger Absicht in potentiorem, d. h. an eine solche Person geschehen, die dem Schuldner an Macht und Ansehen so überlegen ist, daß sie ihn leicht drücken kann (*a*); 2. demjenigen, der als Tutor oder Curator das Vermögen eines Andern verwaltet, kann keine gegen diesen Letztern zustehende Forderung cedirt werden, weder während der Tutel oder Cura, noch auch nach Beendigung derselben, bei Strafe des Verlustes der Forderung (*b*).

(*a*) const. 2. C. 2. 14. Liegt kein dolus zum Grunde, so ist die Cession nicht ungiltig. fr. 6 D. 49. 14. — Gegen die Annahme eines allgemeinen Verbotes der arglistigen cessio in potentiorem: Mühlenbruch §. 30. — Gesterding in den alten und neuen Irrthümern der Rechtsgel. S. 436. S. aber auch: Puchta im Rechtslex. a. a. O. S. 646. — v. Vangerow Pand. §. 574. Anm. 2. S. 111 ff.

(*b*) Nov. 72. cap. 5. — Mühlenbruch §. 32. — Rudorff das Recht der Vormundsch. B. 2. §. 150. Nach deutschen Rechten darf auch ein Jude die ihm gegen einen Christen zustehende Forderung nicht einem andern Christen cediren, was aber jetzt nicht mehr angewendet wird. R. A. von 1551. §. 79. — Reichs-Polizei-Ordn. von 1577. Tit. 20. §. 4. — Mühlenbruch §. 34. — Runde deutsch. Privatrecht §. 643. — Danz zu Runde B. 7. S. 260. — Eichhorn Einl. in das deutsche Privatrecht §. 81.

§. 335.

III. Objecte der Cession.

Der Regel nach können alle Forderungen und Klagen, die einen Bestandtheil des Vermögens des Cedenten ausmachen, cedirt werden, ohne Unterschied, ob die letzteren actiones in rem oder in personam sind (*a*). Nicht cessibel sind dagegen alle actiones, quae vindictam spirant (*b*), die Criminalklagen, insofern sie auf öffentliche Bestrafung des Verbrechens gehen (*c*), und alle Popularklagen (*d*). Auch kann eine sonst cessible Klage nicht mehr cedirt werden, sobald sie gerichtlich anhängig gemacht ist (*e*).

(*a*) Mühlenbruch §. 22—28. Ueber die Cession der rei vindicatio vergl. Ihering in s. u. v. Gerber's Jahrb. B. 1. Nr. 3 und Bähr a. a. O. S. 443 ff.

(*b*) S. oben §. 197. c. fr. 28. D. 47. 10. — fr. 7. §. 1 fr. 13. pr. D. ibid. — fr. 6 in fin. D. 47. 12. — Daher auch nicht die querela inoff. testamenti und inoff. donationis, eben so wenig die actio revocatoria donat. propter ingratitudinem. A. M. sind: G. L. Böhmer electa iur. civ. T. 1. cap 9. §. 20. — Gesterding Nachforsch. Th. I. S. 306.

(*c*) fr. 13. §. 1. D. 48. 1. Die Forderung auf Schadenersatz und Privatstrafe aus Delicten kann cedirt werden. fr. 14. pr. D. 47. 2. — fr. 31. pr. D. 19. 1. — fr. 38. §. 1. D. 46. 3. — fr. 12. D. 50. 16.

(*d*) fr. 5. D. 47. 23.

(*e*) const. 2. 3. 4. C. 8. 87. — Mühlenbruch §. 31.

§. 336.

IV. Erfordernisse der Cession.

Die Cession einer Forderung oder einer Klage ist eine Veräußerung (*). Daher kann nur derjenige cediren, welcher Dispositionsfreiheit über sein Vermögen hat. In der Regel hängt die Cession von dem freien Willen des Clienten ab (s. g. cessio voluntaria). Oft hat er sich aber durch eine vorausgegangene Handlung dazu obligirt (s. g. cessia necessaria (*a*), zuweilen treten wegen einer vorausgegangen Handlung ihre Wirkungen von selbst ein (s. g. cessio legis) (*aa*). Einwilligung des debitoris cessi ist zu der Cession nicht erforderlich (*b*).

(*) S. §. 337.

(*a*) fr. 31. pr. D. 19. 1. — fr. 14. pr. fr. 80. pr. D. 47. 2. — const. 4. C. 4. 39. — fr. 49. §. 2. D. 41. 2. — fr. 2. §. 5. D. 10. 2. — fr. 41. §. 1. D. 46. 1. — fr. 76. D. 46. 3. — const. 2. 11. 14. D. 8. 41. — Mühlenbruch. §. 36 ff.

(*aa*) Mühlenbruch §. 43.

(*b*) const. 3. C. 4. 39. Doch braucht sich derselbe eine ihm nachtheilige Zersplitterung der cedirten Forderung nicht gefallen zu lassen. arg. fr. 27. §. 8. D. 15. 1.

§. 337.

V. Wirkung der Cession (a).

Durch eine giltige Cession wird: A. im Verhältnisse des Cedenten zum Schuldner bewirkt, daß die Forderung des ersteren zwar nicht ipso iure aufhört, wohl aber vermittelst der exceptio doli unwirksam gemacht werden kann (*b*). B. Bei dem Cessionar bestehen die Wirkungen der Cession darin: 1. daß das ganze Recht des Cedenten auf ihn übergeht (*bb*), und zwar mit allen accessorischen Rechten (*c*); 2. er muß dagegen in der Regel alle Einreden gegen sich gelten lassen, welche dem Cedenten entgegengesetzt werden könnten (*d*); 3. der Cedent haftet dem Cessionar für die wirkliche Existenz der cedirten Forderung, ausgenommen, wenn er sie ihm schenkte; für die Güte derselben, d. h. für die Zahlungsfähigkeit des Schuldners, haftet er aber in der Regel nur dann, wenn er es versprochen hat, oder wenn er sich in dolo befindet (*e*); ferner hat er dem Cessionar das herauszugeben, was ihm noch bezahlt wird (*f*), und ihm überhaupt Ersatz zu leisten für das, was er ihm noch durch seine Handlungen entzieht, bevor er die Verfügung über die cedirte Forderung ganz verliert, was erst dadurch geschieht, daß dem Schuldner die Cession gehörig kund gemacht wird (*g*).

(*a*) Mühlenbruch §. 46 - 64.

(*b*) fr. 16. pr. D. 2. 14. —

(*bb*) In dem aus dem §. 333 sich ergebenden Sinne. Ob dies eine Singularsuccession zu nennen sei, darüber streitet man. Muther S. 116 ff. 186 ff. Eine Zweigobligation nimmt an: Kuntze S. 367. ff.

(*c*) fr. 6. 23. D. 18. 4. — const. 7. C. 4. 39. — Gesterding Nachforsch. Th. 1. S. 289.

(*d*) fr. 4. §. 27—31. D. 44. 4. — const. 5. C. 4. 39. — Weber von der nat. Verb. §. 117. Note 9. — Francke im Arch. für civ. Pr B. 16. Nr. 15. — Fritz Erläut. H. 3. (B. 2. H. 1.) S. 224 ff. — v. Vangerow Pand. §. 575. Anm. 1.

(*e*) fr. 4. 5. D. 18. 4. — fr. 74. §. 3. D 21. 2. — Günther und Hagemann Archiv für Rechtgelehrsamkeit. B. 5. Nr. 1. — Zachariae liber quaest. nr. 25. Weber Beiträge zu den Klagen und Einreden. St. 1. S. 36. — Gottshalck

Dicept. for. T. 1. nr. 7. — Puchta Pand. §. 282. Vorles. §. 282. — A. Schliemann über die Haftung des Cedenten. 2. Ausg. Rost. u. Schwer. 1850.
(*f*) fr. 23. §. 1. D. 18. 4.
(*g*) fr. 17. D. 2. 15. — const. 3. C. 4. 35. — const. 3. C. 8. 42. — const. 4. C. 8. 17. Es ist aber streitig, was zu einer gehörigen Kundmachung gehört, und wie viel von derselben abhängt. Vergl. besonders: Musset in v. Linde's Zeitschr. n. F. B. 12. Nr. 12. — Windscheid die actio S. 140 ff. — Muther die actio S. 171. Bähr a. a. O. S. 427. — Windscheid Abwehr S. 79. — Arndts Pand. §. 256. Anm. 1—3.

§. 338.

VI. Lex Anastasiana.

Um zu verhüten, daß man nicht aus Gewinnsucht oder um den Schuldner zu gefährden, Forderungen an sich kaufe, verordnete Anastasius, daß derjenige, welcher eine Forderung für einen geringeren Preis, als ihr eigentlicher Werth betrage, gekauft habe, nicht mehr, als er selbst dafür bezahlt habe, nebst den davon erlaubter Weise zu berechnenden Zinsen, vom Schuldner solle einklagen können. Diese Verordnung wurde späterhin von Justinian erneuert und in einzelnen Punkten näher bestimmt und erläutert (*a*). Aus der Verbindung dieser beiden Verordnungen ergeben sich nun folgende Grundsätze: 1. die Lex Anastasiana bezieht sich nur auf gekaufte, nicht auf geschenkte Forderungen; dagegen ist sie unbedingt anzuwenden, wenn die Forderung zum Theil gekauft, zum Theil geschenkt worden ist, weil sonst das Gesetz leicht umgangen werden könnte; 2. sie findet nur statt bei solchen Forderungen, die auf Geld (*aa*) gerichtet sind; 3. sie leidet aber, selbst unter diesen beiden Voraussetzungen, ausnahmsweise keine Anwendung: a) bei einer cessio in solutum, vorausgesetzt, daß dabei keine absichtliche Umgehung des Gesetzes zum Grunde liegt (*b*); b) wenn Miterben und Legatare zum Behuf ihrer Auseinandersetzung sich erbschaftliche Forderungen cediren; c) wenn die Cession zur Erhaltung oder Schützung des Besitzes einer Sache geschieht, die zur Sicherheit einer Forderung dient, z. B. wenn ein späterer Pfandgläubiger einen vorhergehenden abfindet, um in dessen Stelle und Rechte einzutreten (§. 324.) (*c*); d) wenn die cedirte Forderung zur Zeit der Cession unsicher oder ungewiß war (*d*); endlich e) wenn eine universitas nominum cedirt ist (*e*). 4. In den Fällen nun, wo sich der Schuldner gegen den Cessionar auf die Lex Anastasiana berufen kann, besteht die Wirkung derselben darin, daß das, was die Forderung mehr beträgt, als der dafür bezahlte Kaufpreis mit Zinsen (*ee*), zum Vortheil des Schuldners ganz verloren geht (*f*); und eben deshalb hat auch immer der Cessionar zu beweisen, wie viel er für die cedirte Forderung bezahlt hat, weil der Untergang derselben nur so weit verhindert worden ist, als das reicht, was er (durch Zahlung und entbehrte Zinsen für das Gezahlte) dafür aufgeopfert hat (*g*).

(*a*) const. 22. 23 C. 4. 35. Jo Aug. Bach exercit. iur. civ. de lege Anastasiana. Lips. 1755. et in ejusd. opusc. ed Klotz. Hal. 1767. nr. 9. — Bern. Henr. Reinold Diss. ad legem Anastasianam; in ejusd. opusc. ed. Jugler p. 279. — Gmelin gemeinnützige jur. Beob. und Rechtsfälle. B. 4. S. 185. — Jo. Chr. Schele spec. de iustis limitibus lege Anastasiana nominis cessioni positis. Helmst. 1794. — Fr. Ge. Anckelman Diss. de cessione nominis. Götting. 1791. §. 7—13. — Glück Comm. Th. 16. §. 1024. 1025. — Mühlenbruch §. 30. 53. — Puchta im Rechtslex. a. a. O. S. 647 ff.
(*cc*) A. M. sind jetzt die Meisten mit Mühlenbruch S. 543, welcher die Verordnung auch auf Forderungen bezieht, welche andere fungible Sachen zum Gegenstand haben.
(*b*) Z. B. Jemand leiht erst eine geringere Summe und cedirt darauf eine größere Forderung seinem Gläubiger in solutum. arg. const. 23. cit.

(*c*) Durch eine spätere Verordnung Justinian's in const. 24. C. 4. 35. sind zwar alle diese Ausnahmen wieder aufgehoben, allein diese Constitution ist eine nicht glossirte lex restituta (§. 70).

(*d*) Diese Ausnahme findet sich zwar nicht im Gesetze, allein eine unsichere oder ungewisse Forderung ist nicht so viel werth, als ihr Nominalwerth besagt, und wer daher weniger dafür bezahlt, kauft sie nicht pro viliori pretio. — HOFACKER princ. iur. Rom. Germ. §. 1953. 1954. — Pfeiffer prakt. Ausführungen B. 1. S. 39.

(*e*) Mühlenbruch S. 544. Vergl. Seuffert im Arch. für civ. Pr. B. 11. S. 377. — Von der Nahmer Entsch. des O.-A.-G. zu Wiesbaden B. 2. Nr. 20. — Heut zu Tage findet die Lex Anastasiana auch auf solche Schuldscheine keine Anwendung, welche au porteur lauten. S. Spangenberg in Hagemann's prakt. Erört. Th. 8. Abth. 2. Nr. 7. — Ob sie heut zu Tage auch bei cedirten Wechselforderungen stattfinde, ist streitig. W. Rahn über die Unzulässigkeit der Einrede des Anastasischen Gesetzes gegen Wechselforderungen. Braunschweig 1802. Dagegen: H. C. Schönijahn über die Zulässigkeit derselben. Wolfenb. 1802. Ueber die beiden letzten Punkte s. auch u. A.: Spangenberg in der Zeitschr. f. Hannover B. 1. Nr. 6. — Pfeiffer prakt Ausf. B. 1. Nr. 6. — Bender v. Verkehr mit Staatspapieren §. 65. — Linde in s. Zeitschr. B. 3. Nr. 2. S. 17 ff.

(*ee*) Kommt die bezahlte Summe mit Einrechnung der Zinsen derselben (vom Tage der Zahlung an) dem Betrag der Forderung gleich, so kann dieser ganz verlangt werden. const. 22. cit. v. „et usurarum ejus." A. M.: Mühlenbruch S. 548.

(*f*) Nach den ausdrücklichen Worten der const. 23. §. 1. cit. — „Omne quod superfluum est et per figuratam donationem translatum, inutile ex utraque parte esse censemus; *et neque ei, qui cessit actiones, neque ei, qui eas suscipere curavit, aliquid lucri, vel remanere, vel aliquam contra debitorem, vel res ad eum pertinentes esse utrique eorum actionem.*" Mühlenbruch S. 550. — Thibaut System §. 80. und besonders Glück Comm. Th. 16. S. 467 ff. A. M. sind: MEVIUS P. 3. Dec. 1., welcher den Rest dem Fiscus, CARPZOV iurispr. for. P. 2. const. 30. def. 37., welcher ihn dem Cedenten zuspricht, und Weber von der nat. Verb. §. 94., welcher die Forderung auf den nicht bezahlten Rest als obligatio naturalis zum Vortheil des Cessionars fortdauern läßt. Die Carpzov'sche Ansicht vertheidigen für den Fall der const. 22. cit. wieder Unterholzner Schuldverh. B. 1. S. 510, Brackenhoeft im Arch. für civ. Pr. B. 23. Nr. 6 und Herrmann ebendas. B. 31. Nr. 3. Für die Weber'sche ist v. D. PFORDTEN de obl. civ. in nat. transitu p. 40. Dagegen s. v. Vangerow Pand. §. 576 Anm. 1. Die Regel erleidet auch keine Ausnahme zum Vortheil desjenigen, dem der Cessionar die Forderung weiter cedirt. A. M. Arnold prakt. Erört. H. 1. Nr. 13. S. aber: Puchta Pand. §. 245 Note *l*.

(*g*) Vergl. Thibaut System §. 80. — Mühlenbruch S. 605. — Vorst von der Beweislast im Civilprocesse S. 81. — Unterholzner Schuldverhältn. B. 1. S. 608. — Roßhirt in s. Zeitschr. B. 2. S. 369 ff. — A. M., daß nämlich der Schuldner den Beweis führen müsse, sind: PAUL. LUD. FERD. EBER Diss. de probatione cessionis legi Anastasianae repugnantis. Jenae 1781. §. 34. — Weber über die Verbindlichkeit zur Beweisführung Cap. 6. nr. 29. — Bethmann-Hollweg Versuche über einzelne Theile der Theorie des Civilprocesses. S. 357. — Knappe Versuch einer Entw. des Begriffes der Except. §. 43 — Burchardi im Arch. für civ. Pr. B. 18. Nr. 8. Vergl. auch Brackenhoeft und Herrmann a. a. O. — v. Keller Pand. §. 233 am E. S. aber. Puchta im Rechtslex. S. 641. — v. Vangerow Pand. §. 576. Anm. 2. — Seuffert §. 303.

Drittes Capitel.

Vom Schadensersatze (*) und den Zinsen.

§. 339.

I. Begriff von Schaden.

Sehr oft geht eine Obligation von Anfang an auf Schadensersatz, und jede Obligation löst sich am Ende in eine Forderung auf Schadensersatz auf, wenn durch die Schuld des Schuldners der ursprüngliche Gegenstand der Obligation nicht geleistet wird oder werden kann. Schaden (damnum) überhaupt

heißt hier jeder Verlust, den Jemand an seinem Vermögen (**) entweder schon erlitten (damnum factum s. datum) oder wenigstens zu befürchten hat (damnum metuendum s. infectum) (*a*). Besteht derselbe nun darin, daß unser bereits erworbenes Vermögen verringert wird, so heißt er ein positiver Schaden (s. g. damnum emergens, oder damnum schlechthin in eigentlicher Bedeutung) (*b*); besteht er hingegen blos darin, daß uns ein erlaubter Gewinn vereitelt wird, so heißt er ein negativer Schaden (s. g. lucrum cessans s. lucrum interceptum) (*c*). Beides zusammen heißt im Römischen Rechte auch oft id, quod interest (*d*), wiewohl durch diesen Ausdruck vorzugsweise dasjenige bezeichnet wird, was Jemand außer dem wahren Werthe der beschädigten oder vernichteten Sache an und für sich (quanti ea res est) als Schadensersatz fordern kann (*e*). Die Pflicht zur Vergütung eines Schadens, den Jemand erlitten hat, heißt praestatio damni.

(*) Donelli comm. iur. civilis Lib. 26. cap. 13—23. — Chr. Guil. Wehrn doctrina iuris explicatrix principiorum et causarum damni. Lips. 1795. — Franz Schöman Lehre vom Schadensersatze. 2 Theile. Gießen u. Wetzlar 1806. — Friedr. Hänel Versuch einer kurzen und faßlichen Darstellung der Lehre vom Schadensersatze nach heutigem Röm. Rechte. Leipz. 1823. — J. R. v. Wening-Ingenheim die Lehre vom Schadensersatze nach Röm. Rechte. Heidelb. 1841. — Friedr. Mommsen Beiträge zum Obligationenrecht Th. 2. Zur Lehre von dem Interesse. Braunschw. 1855. (Darüber Windscheid in der krit. Zeitschr. für die gesammte R. W. B. 2. S. 525 ff.) — Vergl. auch: Bucher Recht der Forderungen §. 48—55. — Koch Recht der Ford. B. 1. S. 185 ff. — Unterholzner Schuldverh. B. 1. S. 253 ff. — Sintenis Civilr. B. 2. §. 86. — Molitor les obligations Vol. 1. p. 397 seq. und die unten §. 342. Note *) angef. Schriften.

(**) Damnum im weitern Sinne bedeutet jeden Verlust, den man an irgend einem Gute erleidet. fr. 1. §. 5. 6. D. 9. 3. — fr. 32. D. 19. 2. — const. 1. §. 4. 6. C. 2. 12.

(*a*) fr. 2. D. 39. 2.

(*b*) fr. 3. D. ibid.

(*c*) fr. 2. §. 11. D. 43. 8. Vergl. fr. 13. pr. D. 46. 8. — fr. 21. §. 3. D. 19. 1. — fr. 2. §. ult. D. 13. 4. — fr. 19. D. 10. 4.

(*d*) fr. 21. 22. 23. D. 9. 2. — fr. 13. pr. D. 46. 8. — Cod. 7. 47. — Pfeiffer verm. Aufsätze nr. 5. — Schöman a. a. O. Th. 2. S. 84 ff. — Euler (praes. Malblanc) observat. quaedam de eo quod interest. Tübing. 1801. — Glück Comm. Th. 4. §. 332.

(*e*) fr. 179. 193. D. 50. 16. — fr. 1. pr. D. 19. 1. — fr. 8. D. 12. 3. — Zuweilen wird unter quanti ea res est auch das Interesse verstanden. fr. 4 §. 7. D. 39. 2. fr. 3. §. ult. D. 43. 17. Ueber diesen doppelten Sprachgebrauch s.: v. Savigny Syst. B. 5. S. 441 ff. — Puchta Pand. §. 224. Note *b*. — Mommsen a. a. O. S. 45 ff.

§. 340.

II. Ursache des Schadens.

Die Ursache des Schadens liegt: A. entweder in einem Zufalle (casus); B. oder in der willkürlichen Handlung oder Unterlassung eines Menschen. Rührt diese alsdann: 1. von demjenigen selbst her, welcher den Schaden erleidet, so tritt die Regel ein: quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intelligitur sentire (*a*); rührt sie hingegen 2. von einem Andern her, so kommt es darauf an: a) ob es eine erlaubte Handlung war; dann ist es Regel: qui iure suo utitur, neminem laedit (*b*); b. oder ob sie eine unerlaubte, widerrechtliche Handlung oder Unterlassung war (*bb*); kann sie dann ihrem Urheber zugerechnet werden, so begründet sie häufig eine Verbindlichkeit zum Schadensersatz, nicht blos wenn sie in einem dolus, sondern auch wenn sie in einer culpa oder mora besteht. Endlich C. kann der Schaden seinen Grund haben: theils in der willkürlichen Hand-

lung oder Unterlassung eines Menschen, theils in einem Zufalle, ohne welchen er nicht eingetreten wäre (s. g. casus mixtus), wobei alsdann in der Regel mehr auf die Handlung oder Unterlassung, als auf den Zufall gesehen wird (*c*).

(*a*) fr. 203. D. 50. 17.
(*b*) fr. 151. 155. §. 1. D. ibid.
(*bb*) Ueber widerrechtliche Unterlassungen s. übrigens §. 342 im Anf.
(*c*) fr. 1. §. 4. D. 44. 7.

§. 341.

A. Zufall. (Casus.)

Zufall (casus, fortuitus s. improvisus s. maior casus) heißt jedes nachtheilige Ereigniß, welches überhaupt oder doch von Demjenigen, welchem es zustößt, nicht vorausgesehen oder doch nicht abgewendet werden konnte (*a*); daher wird das, was wir Zufall nennen, im Römischen Rechte auch vis maior, vis divina, vis naturalis, fatum genannt (*b*). Der vom Zufall zu befürchtende Schaden heißt die Gefahr (periculum) (*c*). Ereignet sich nun ein solcher Zufall, so muß der Regel nach derjenige, der Schaden dadurch erleidet, diesen als ein Unglück tragen, und Niemand ist verbunden, ihm denselben zu ersetzen (praestare damnum) (*d*), es wäre denn, daß er sich durch Vertrag dazu anheischig gemacht hat (*e*), oder ein anderer Verpflichtungsgrund eintritt, z. B. wenn er ihn durch eine zu prästirende culpa veranlaßt hat (*f*), oder nach besonderer gesetzlicher Vorschrift zum Schadensersatz verpflichtet ist (*g*).

(*a*) fr. 1. §. 4. D. 44. 7. Vergl. fr. 15. §. 2. fr. 59. D. 19. 2. — fr. 2. §. 7. D. 50. 8. — fr. 24. § 4. D. 39. 2. — fr. 3. §. 1. D. 4. 9.
(*b*) Z. B. fr. 25. §. 6. fr. 33. fr. 59. D. 19. 2. — fr. 11. §. 5. D. 4. 4. — fr. 24. §. 4. D. 39. 2.
(*c*) fr. 9. §. ult. fr. 11. pr. D. 12. 1. — fr. 5. §. 14. fr. 10. §. 1. D. 13. 6. — Dig. 18. 6. — Ueber diese und die übrigen Bedeutungen von periculum s. Hasse Culpa des Röm. Rechts §. 77 und 78.
(*d*) fr. 23. in fin. fr. 185. D. 15. 17. — const. 6. C. 4 24. — Jo. Chr. Brandenburg Diss. sistens principia generalia de damno casuali eiusque praestatione. Götting. 1793. — Ueber die Frage: Wer hat bei Obligationen die Gefahr zu tragen? s. besonders: C. G. Wächter im Archiv für civ. Pr. B. 15. S. 97. ff. S. 188. ff. — Roßhirt in s. Zeitschr. B. 2. S. 374. ff. — Hepp die Zurechnung auf dem Gebiete des Civilrechts, insbesondere die Lehre von den Unglücksfällen. Tüb. 1838. S. 31. ff. — K. O. v. Madai die Lehre von der Mora S. 277. ff. (F. A. Schilling in Richter's krit. Jahrb. B. 3. S. 250 ff.) — Wolff zur Lehre von der Mora S. 126 ff. — v. Wening-Ingenheim vom Schadenersf. S. 239. ff. — Fuchs im Archiv für civ. Praxis B. 35. Nr. 5. 10. und 17. — F. Mommsen Beiträge zum Obligationenrecht. 1. Abth.: „Die Unmöglichkeit der Erfüllung in ihrem Einfluß auf obligatorische Verhältnisse." Braunschweig 1853. (Darüber: Windscheid in der krit. Zeitschr. f. die gesammte RW. B. 2. S. 106 ff.). — S. auch: Koch Recht der Ford. B. 1. S. 188 ff. — Unterholzner Schuldverh. B. 1. S. 511. ff. — v. Vangerow Pand. §. 591. (Ueber Kriegsschäden insbesondere: Bodmann Erörterung der Grundsätze von Kriegsschäden. Frankf. 1798. — G. M. Weber über Repartion der Kriegsschäden. Würzburg 1798. — E. A. Haus Beiträge zur Berichtignng der Grundsätze über Ersatz und Vertheilung der Kriegsschäden. Nürnb. 1801. — Carl Eichmann vom Ersatz der Kriegsschäden nach den Grunds. des Civilr. Altenb. 1813.)
(*e*) fr. 7. § 15. D. 2. 14. — fr. 1. § 35. D. 16. 3. — fr. 9. §. 2. fr. 13. §. 5 D. 19. 2.
(*f*) fr. 1. §. 4. D. 44. 7. — §. 2. J. 3. 14. (15.) — fr. 14. §. 1. D 16. 3. — fr. 5. §. 4. 7. D. 13. 6. — fr. 11. §. 1. D. 19. 2. — fr. 23. 82. §. 1. D. 45. 1.
(*g*) Z. B. bei der noxa und pauperies. Inst. IV. 8. 9. — Dig. IX. 1 4.

§. 342.

B. Dolus und culpa (*). 1. Begriff.

Culpa heißt bei den Römern überhaupt alles dasjenige, was wir Schuld oder Verschuldung nennen, also jede imputable Widerrechtlichkeit, ohne Unterschied, ob sie in Thätigkeit (facto) oder Unthätigkeit (omissione), ob sie in dem Willen des Handelnden, oder blos in einem Versehen oder einer Nachlässigkeit ihren Grund hat. In diesem allgemeinen Sinne ist denn auch der dolus in dem Begriffe von culpa mit enthalten (*a*). Allen Begriffen von dolus und culpa liegt also das Allgemeine zum Grunde, daß es widerrechtliche Handlungen oder Unterlassungen sind, wodurch Andern Schaden zugefügt wird, und umgekehrt ist jede widerrechtliche Handlung oder Unterlassung in diesem Sinne culpos. Der Regel nach begründet nun aber die Unterlassung einer Handlung keine Eingriffe in fremde Rechte und ist also auch nicht widerrechtlich (culpos). Erst dann, wenn Jemand aus einem besondern Grunde verpflichtet ist, Schaden von einem Andern abzuwenden, darf er auch diejenigen Handlungen nicht unterlassen, wodurch jener Schaden abgewendet werden würde. Unterläßt er sie dennoch, so handelt er seiner Pflicht und den Rechten des Andern zuwider, also culpos. Auf die verschiedenen Grade der culpa in diesem weitesten Sinne beziehen sich die Ausdrücke dolus, culpa im engern Sinne u. s. w. Darüber ist zu bemerken: 1. Dolus im engern Sinne ist absichtliche Widerrechtlichkeit, bestehe sie in schädlichen Handlungen, oder in Unterlassung von Handlungen, zu welchen man aus einem besonderen Grunde verpflichtet war, um Schaden von einem Andern abzuwenden, vorausgesetzt, daß die widerrechtliche Absicht auf einer schon an sich verwerflichen Gesinnung, z. B. auf einer Neigung zu widerrechtlichem Gewinn oder auf Bosheit, beruht (*b*). 2. Lata, latior, s. magna culpa heißt zunächst ein grobes Versehen bei einer positiven Handlung oder bei einer Unterlassung der angegebenen Art; und zwar wird ein Versehen dadurch zu einem groben, daß Jemand entweder die Vorsicht eines gewöhnlichen Menschen unterläßt (dissoluta negligentia, nimia securitas) (*c*), oder doch in rebus alienis nicht diejenige Vorsicht beobachtet, die er in eigenen Angelegenheiten zu beobachten pflegt (*d*). Außerdem wird aber auch ein absichtlich begangenes Unrecht so genannt, wenn es aus einer nicht an sich verwerflichen, sondern nur zur Unzeit befolgten Triebfeder, z. B. aus Mitleid, hervorgeht (*e*). Die lata culpa, auch culpa dolo proxima genannt (*f*), steht, was die Verpflichtung zum Schadensersatz betrifft, in der Regel dem dolus im engern Sinne gleich (*g*), und wird deshalb auch dolus im weitern Sinne genannt (*h*). 3. Der Ausdruck culpa ohne Zusatz bezeichnet, wenn er nicht in dem oben angegebenen weitesten Sinne gebraucht wird, a) zunächst jede widerrechtliche Schadenzufügung, die nicht ein dolus im engern Sinne ist; b) vorzugsweise aber nur diejenige widerrechtliche Schadenszufügung, die auf einem Versehen beruht, welches nicht zu den groben gehört, aber doch von einem sorgsamen Hausvater (diligens oder diligentissimus paterfamilias) vermieden wird (*i*), weshalb es auch levis culpa genannt wird (*k*). Culpa in diesem Sinne bezeichnet also eine widerrechtliche Schadenszufügung, die kein dolus im weitern Sinne, d. h. weder ein dolus im engern Sinne, noch eine lata culpa ist. 4. Diligentia heißt die Anstrengung, welche nöthig ist, um keine culpa zu begehen (*l*), und im engern Sinne die Anstrengung, welche nöthig ist, um keinerlei levis culpa zu begehen (*m*), oder mit andern Worten das, was auch exacta diligentia genannt

wird (*n*). Eine besondere Art der diligentia ist die custodia, worunter im Römischen Rechte diejenige diligentia verstanden wird, welche zur Aufbewahrung von fremden oder doch einem Andern herauszugebenden Sachen angewendet werden muß, und welche daher namentlich auch darauf gerichtet ist, daß die Sache nicht heimlich entwendet und nicht usucapirt werde (*o*).

(*) Donelli commentar. iur. civ. Lib. 16. cap. 7. — Lebrun essai sur la prestation des fautes. Paris 1764, sodann von Neuem herausgegeben avec une dissertation de Pothier sur cet essai, à Paris 1813. (Darüber: Hasse in der Zeitschr. für gesch. RW. B. 4. S. 189 und Thémis T. 8. pag. 129.) — Gries de generibus et gradibus culpae. Götting. 1805. — Fr. Schöman Handb. des Civilr. Bd. 1. S. 161. und Dessen Lehre vom Schadenersatz. 2 Thle. Gießen und Wetzlar 1806. — C. v. Löhr die Theorie der Culpa. Gießen 1806. Zwischen den beiden Letztern wurden darauf folgende Streitschriften gewechselt: Schöman Prüfung der Theorie der Culpa des Herrn v. Löhr; in s. Handb. des Civilr. B. 2. S. 227. Dagegen: v. Löhr Beiträge zur Theorie der Culpa. Gießen 1808. Später wurde diese Lehre bearbeitet von: Maier de culpa ejusque speciebus et gradibus. Tübing. 1807. — Leonh. Dresch de indole et gradibus culpae. Manhem. 1808. — Gensler exerc. iuris civilis ad doctrinam de culpa Fasc. 1. Jenae 1813. — Schöman Fragmente aus seinen civil. und criminal. Vorlesungen. Jena 1814. — Hasse die Culpa des Röm. Rechts. Kiel 1815. 2te Ausg. von Bethmann-Hollweg. Bonn 1838. Gensler Beitrag zu der Lehre von der Diligenz und Culpa. Heidelberg 1819. 2te Ausg. 1828. — Chr. Frid. Elvers doctrina iuris civilis Romani de culpa. Gött. 1822. — P. L. Kritz über die Culpa nach Röm. Rechte. Leipzig 1823. — Math. Simons Diss de culpa secund. ius Romanum et hodiernum. Leodii 1823. — Friedr. Hänel Lehre vom Schadenersatz, §. 11—60. — A. M. J. Molitor de culpa; in Annal. Acad. Leodiensis 18$^{26}/_{27}$. — Göschen Grundriß S. 203—205. Vorles. B. 2. Abth. 2. §. 387—393. — Koch Recht der Ford. B. 1. S. 230 ff. — Unterholzner Schuldverh. B. 1. S. 270 ff. — v. Wening-Ingenheim vom Schadenersʃ. S. 82 ff. — v. Löhr Uebersicht der Lehre von der Culpa, in s. Mag. Bd. 4. (2.) S. 472. ff. — Zirkler im Rechtslexicon Bd. 3. S. 83 ff. S. 466 ff. — F. Mommsen Beiträge zum Obligationenrecht. 3. Abth.: „Die Lehre von der Mora, nebst Beiträgen zur Lehre von der Culpa." Braunschw. 1855. Die vier Abhandlungen über Culpa (nämlich über c. lata, c. levis, c. levis in concreto und Prästation der verschiedenen Arten von c.) beginnen S. 348. (S. darüber: Windscheid in der krit. Zeitschr. für die ges. RW. Bd. 3. S. 278 ff.) — F. W. Schaaff Abhandl. aus dem Pandektenrecht. Bd. 1. Heidelb. 1857 Nr. 1. (Darüber s. krit. Ueberschau B. 6. S. 254. ff.)

(*a*) fr. 5. §. 1. D. 9. 2. — fr. 15. §. 46. D. 47. 10. — const. 11. §. 1. C. 5. 17. — const. 11. C. 7. 32. — Cicero in Verrem Lib. 2. orat. 5. cap. 17. — Livius Lib. 1. c. 28. — Taciti Annal. Lib. 1. C. 51. — Ulpian. VI. 10.

(*b*) fr. 2. D. 2. 2. — fr. 8. pr. D. 2. 13. — fr. 15. §. 1. D. 5. 1. — fr. 31. D. 9. 2. — fr. 7. pr. D. 26. 7. — fr. 3. §. 5. D. 26. 10. — fr. 50. §. 4. D. 47. 2. — fr. 47. pr. fr. 55. fr. 167. §. 1. D. 50. 17. — const. 11. C. 4. 35. — const. 11. in f. C. 5. 14. — const. 7. C. 5. 51. — const. 2. C. 5. 53. Vergl. Note *e*.

(*c*) fr. 30. §. 3. D. 9. 2. — fr. 29. pr. D. 17. 1. — fr. 213. §. 2. fr. 223. pr. D. 50. 16.

(*d*) fr. 32. D. 16. 3. — fr. 22. §. 3. D. 36. 1.

(*e*) fr. 7. pr. D. 16. 3. — fr. 7. §. 7. D. 4. 3. — fr. 8. §. 10. D. 17. 1.

(*f*) fr. 8. pr. D. 2. 13. — fr. 47. §. 5. D. 30. — fr. 4. D. 27. 8. — fr. 11 D. 47. 9.

(*g*) S. §. 342. Note *g*.

(*h*) fr. 5. §. 2. D. 13. 6. — fr. 17. §. 1. 2. D. 19. 5. — fr. 108. §. 12. D. 30. — fr. 23. D. 50. 17. — fr. 8. §. 3. D. 43. 26.

(*i*) S. Note *h* und: §. 3. J. 4. 14. (4. 15.) — fr. 11. D. 3. 5. — const. 11. C. 4. 35.

(*k*) fr. 65. pr. D. 7. 1. fr. 14. D. 13. 7. — fr. 11. D. 18. 6. — fr. 54. pr. D. 19. 1. Einmal kommt auch der Ausdruck levissima culpa vor, nämlich in fr. 44. pr. D. 9. 2.

(*l*) §. 9. J. 3. 25. (3. 26.) — fr. 72. D. 17. 2. — fr. 47. §. 5. D. 30.

(*m*) fr. 4. §. 1. fr. 68. pr. D. 18. 1. — fr. 4. D. 27. 5. — fr. 3. §. 5. D. 49. 14. — fr. 6. D. 50. 8. — const. 11. in f. C. 5. 14.

(n) Diese und ähnliche Bezeichnungen findet man in: §. 2. 4. J. 3. 14. (3. 15.) — §. 1. J. 3. 27. (3. 28.) — fr. 25. §. 16. D. 10. 2. — fr. 18. pr. D. 13. 6. — fr. 11. D. 18. 6. — fr. 1. §. 4. D. 44. 7. — const. 24. C. 4. 32. Großer Streit ist über die s. g. diligentia in concreto, d. h. über die diligentia, quam quis in suis rebus adhibere solet. §. 9. J. 3. 25. (3. 26.) — fr. 72. D. 17. 2. — fr. 25. §. 16. D. 10. 2. — const. 11. in f. C. 5. 14. — Vergl. darüber: Hasse §. 52. am E. §. 53. — Hänel Schadensers. §. 29. 30. — Puchta Pand. §. 266 am E. — v. Löhr Mag. a. a. O. S. 510 ff. — Sintenis prakt. Civilr. B. 2. §. 101. Note 46. — Mommsen S. 374 ff. Windscheid S. 281 ff.

(o) §. 18. J. 4. 1. — §. 3. J. 3. 23. (24.) und dazu THEOPHILUS. — v. Löhr Beiträge zur Theorie der Culpa. S. 163. Mag. S. 507 ff. — Hasse §. 76. 81 ff. §. 91. — Göschen Vorl. §. 388. 392, 2.

§. 343.

2. Regeln über die Prästation der culpa.

Als allgemeine Regeln über den Ersatz des durch culpose Handlungen oder Unterlassungen zugefügten Schadens (praestatio culpae) lassen sich hier nur folgende angeben: A. Wenn derjenige, welcher der Sache eines Andern Schaden zufügte, mit diesem in keinem besondern Verhältnisse der Sache wegen steht, so kommt es darauf an, ob der Schaden: 1. seinen Grund in einer Unterlassung hat; dann haftet er für gar Nichts (§. 342.); 2. oder in positiver Thätigkeit, dann haftet er, wenn die Voraussetzungen der actio ex lege Aquilia vorhanden sind (*), wozu auch eine levis culpa hinreicht (a). B. Wenn derjenige, welcher einer fremden Sache Schaden zufügte, dieselbe besaß, als wenn sie ihm gehörte, und nun mit einer in rem actio belangt wird, so ist zu unterscheiden: a) er wußte daß die Sache einem Andern zugehörte, dann ist er schlechhin jeden Schaden, den er demselben durch seine Thätigkeit oder Unthätigkeit zufügte, zu ersetzen verbunden, ohne daß etwas auf die Art oder den Grad seiner culpa ankäme; b) oder er wußte dieß nicht, sondern hielt die Sache bona fide für die seinige; dann haftet er, ehe er der Sache wegen belangt wird und sich auf die Klage einläßt, für gar Nichts, selbst nicht für schädliche Thätigkeit (b), von Zeit der Einlassung aber für jeden der Sache durch schädliche Thätigkeit sowohl, als durch Unthätigkeit zugefügten Schaden (c). C. Steht Jemand mit einem Andern der Sache wegen in einem Obligationsverhältnisse (cc), so ist er 1. den durch seinen dolus demselben zugefügten Schaden schlechthin und unbedingt zu ersetzen schuldig (d); auch ist es nicht erlaubt, für die Zukunft zu verabreden: ne dolus praestetur (e), wohl aber steht es dem Beschädigten frei, sich über den erlittenen Schaden mit dem Beschädiger zu vergleichen und ihm die Verbindlichkeit zum Ersatz desselben zu erlassen (f). 2. Dem dolus im engeren Sinne steht hier die lata culpa völlig gleich (g). 3. In Ansehung der levis culpa ist: a) entweder unter den Parteien das Nähere verabredet, dann bleibt es dabei (h), wofern die Verabredung nur nicht gegen ein gesetzliches Verbot anstößt (i); b) oder nicht, dann treten die gesetzlichen Bestimmungen ein (k), die aber sehr verschieden sind und deshalb bei den einzelnen Rechtsverhältnissen besonders angegeben werden müssen. Hier ist nur zu bemerken, daß bei stricti iuris actiones kein Unterschied zwischen dolus, lata und levis culpa gemacht wird (l), bei bonae fidei actiones aber in der Regel darauf zu sehen ist, ob derjenige, welcher den Schaden zugefügt hat, mit demjenigen, welchem er ihn zufügte, in einem Verhältniß stand, durch dessen Eingehung er diesem eine Gefälligkeit erweisen wollte,

oder in einem Verhältniß, bei welchem er sein eigenes Interesse suchte (*m*), und ob in dem letzten Falle beide Theile ein gemeinschaftliches Interesse hatten (*mm*) oder nicht. C. In allen Fällen, wo eine Forderung auf vollen Schadensersatz begründet ist, hat übrigens derjenige, welcher zur Leistung des ganzen Interesse verpflichtet ist, den dem Beschädigten angeblich entgangenen Gewinn in der Regel nur dann zu vergüten, wenn die Entbehrung desselben eine unmittelbare Folge der widerrechtlichen Handlung des Andern war und ohne diese nur durch das Eintreten außerordentlicher Ereignisse vereitelt worden sein würde (*n*).

(*) S. unten §. 452 ff. Ebenso wenn die Voraussetzungen einer andern Delictsklage vorhanden sind.

(*a*) fr. 44. pr. D. 9. 2. Andere Delictsklagen setzen gewöhnlich dolus voraus. S. unten §. 444 ff.

(*b*) fr. 31. §. 3. D. 5. 3. „Rem enim *quasi suam* neglexit."

(*c*) fr. 20. §. 11. fr. 25. §. 7. D. ibid.

(*cc*) In einem solchen steht meistens auch derjenige, welcher eine Sache wegen eines ius in re aliena besitzt, zu dem Eigenthümer derselben.

(*d*) fr. 59. §. 1. D. 17. 1. — const. 4. C. 4. 10. — fr. 18. §. 3 D. 39. 5.

(*e*) fr. 27. §. 3. 4. D. 2. 14. — fr. 1. §. 7. D. 16. 3. — fr. 17. pr. D. 13. 6. — fr. 23. D. 50. 17. — fr. 11. §. ult. D. 19. 1.

(*f*) fr. 27. §. 3. fr. 7. §. 14. D. 2. 14. — fr. 5. §. 7. D. 26. 7.

(*g*) fr. 1. §. 1. D. 11. 6. „Lata culpa plane dolo comparabitur." fr. 29. pr. D. 17. 1. — fr. 32. D. 16. 3. — fr. 226. D. 50. 16.

(*h*) fr. 11. §. 1. D. 19. 1. — fr. 1. §. 10. D. 16. 3.

(*i*) Z. B. fr. 6. D. 23. 4.

(*k*) fr. 23. D. 50. 17. — Jac. Gothofredus ad L. 23. D. de reg. iur. in eiusd. comm. in tit. Pand. de div. reg. iur. Genevae 1653. p. 97. — Guil. Prousteau recitationes ad L. 23. D. de reg. iur. in Meermani thes. T. 3. p. 483. — B. J. Groeninx van Zoelen de principiis generalibus, quibus usi videntur Icti Romani in constituenda doctrina de doli et culpae praestatione in bonae fidei contractibus. L. B. 1824.

(*l*) In anderer Beziehung wird der Schuldner hier zuweilen weniger streng behandelt als bei bonae fidei actiones. fr. 91. pr. D. 45. 1.

(*m*) fr. 5. §. 2. fr. 10. §. 1. fr. 12. D. 13. 6. — fr. 17. §. 2. D. 19. 5.

(*mm*) fr. 25. §. 16. D. 10. 2. — fr. 72. D. 17. 2. — fr. 17. pr. D. 23. 3.

(*n*) §. 10. J. 4. 3. — fr. 29. §. 3. fr. 23. §. 2 D. 9 2. — fr. 11. D. 10. 4. — Gesterding Nachforsch. Th. 1. S. 3 und darüber Pfeiffer in der Tüb. krit. Zeitschr. für RW. B. 4. S. 408. Vergl. Mommsen 2. Abth. S. 173 ff.

§. 344. a.

3. Beweis des Verschuldens.

Wenn von Jemanden seiner widerrechtlichen Handlung oder Unterlassung wegen mit der Klage aus einem vorausgegangenen Obligationsverhältniß (*) Schadensersatz gefordert wird, so kommt es darauf an: 1. ob derselbe für jede culpa einzustehen hat; dann muß er selbst beweisen, daß er alle mögliche Sorgfalt angewendet und der Schaden in einem unabwendbaren Zufalle seinen Grund habe (*a*); 2. oder ob er nur für dolus und lata culpa verantwortlich ist; dann muß derjenige, welcher den Schadensersatz fordert, den Beweis führen, daß der Gegner den Schaden durch dolus oder lata culpa herbeigeführt hat (*b*).

(**) Die Regel unter 1. gilt übrigens auch, wenn Derjenige, welcher für jede culpa einsteht, mit einer actio in rem belangt wird.

(*a*) fr. 9. §. 4. D. 19. 2. — const. 5. C. 4. 24. — fr. 1. §. 13. D. 27. 8. — fr. 11. D. 22. 3. — fr. 11. D. 18. 6.

(*b*) fr. 18. §. 1. D. 22. 3. Streitig ist es, wie es da gehalten werden muß, wo der Beklagte praestat dolum, culpam et talem diligentiam, qualem in suis rebus adhibere solet. S. §. 342. Note *n* am E.

§. 344. b.

4. Beweis der Größe des Schadens.

Wie viel der Schaden beträgt, den Jemand durch einen Andern erlitten hat, das hat immer derjenige zu beweisen, welcher den Ersatz verlangt (*a*). Zuweilen kann er aber zum Schätzungs- oder Würderungseide (juramentum in litem) zugelassen werden, d. h. es kann ihm gestattet werden, die Größe seines erlittenen Schadens zu Geld anzuschlagen und zu schwören, daß er so viel betrage, wobei jedoch auch richterliche Ermäßigung Statt findet. Dieser Eid ist in der Regel nur zulässig, wenn eine arbitraria oder bonae fidei actio angestellt worden ist, bei welcher es auf ein restituere oder exhibere abgesehen ist, und der Beklagte entweder aus Ungehorsam (contumacia), oder deswegen nicht restituirt oder exhibirt, weil er es sich durch dolus oder lata culpa unmöglich gemacht hat (*b*).

(*a*) §. 7. J. 3. 15. (3. 16.) — fr. 11. D. 46. 5. Der Richter hat es dann festzustellen. fr. 11. pr. D. 10. 4. — fr. 4. §. 4. fr. 5. §. 3. D. 12. 3. — const. 4. C. 4. 49.

(*b*) Dig. 12. 3. — Cod. 5. 53. — Eine Art dieses iuramenti in litem ist das iuramentum Zenonianum. const. 9. C. 8. 4. — cap. ult. X. 1. 40. — Donelli comm. iur. civ. Lib. 26. cap. 6—12. — Glück Comm. Th. 12. §. 813. — F. L. Meyer Diss. de iuramento in litem. Gött. 1805. — Joh. Bernh. Müller Versuch über den Schätzungseid. Jena und Leipzig 1806. — Frz. Ludw. Wirschinger Versuch einer neuen Theorie über das iuramentum in litem. Landshut 1806. — F. C. Leonh. Drummer Theorie des Würderungseides. Bamberg und Würzburg 1806. — Schöman vom Schadensersatze Th. 2. S. 150. — Gensler im Arch. für die civil. Prax. B. 4. S. 293. — Gesterding Nachforsch. über versch. Rechtsmaterien Th. 1. S. 27. — Hänel vom Schadensersatz §. 92—97. — Hasse (d. J.) im Rhein. Mus. B. 6. S. 27 ff. S. 179 ff. — v. Schröter in Linde's Zeitschr. B. 7. S. 356 ff. B. 8. S. 159 ff. — v. Savigny System B. 5. §. 221 u. 222.

§. 345.

C. Mora (*a*). 1. Begriff und Arten derselben.

Mora im technischen Sinne (*aa*) ist diejenige Verzögerung der Realisirung einer Schuldforderung, welche dem Schuldner oder dem Gläubiger zur Last gelegt wird und rechtliche Nachtheile für ihn haben kann. Sie entsteht 1. auf Seiten des Schuldners (mora in solvendo), wenn derselbe seine Schuldigkeit zur rechten Zeit nicht erfüllt, und zwar: a) durch widerrechtliche Besitzergreifung einer Sache (*b*), wo sie im Augenblicke der unerlaubten Handlung eintritt und bis zur Restitution der Sache fortdauert; b) durch Nichterfüllung einer jeden andern Schuld, wenn die Zeit der Erfüllung derselben gekommen ist. Wenn alsdann der Erfüllungstermin durch Gesetz, oder Vertrag, oder Testament bestimmt ist, so tritt die mora mit Ablauf des Termins von selbst ein, ohne daß es noch einer Mahnung des Schuldners bedürfte (dies interpellat pro homine) (*c*); ist hingegen kein Termin bestimmt, so entsteht die mora in der Regel erst in dem Augenblicke, wo der Schuldner gemahnt wird (*d*). Die durch Interpellation entstehende mora entsteht nach dem Sprachgebrauche der Quellen ex persona, die ohne Interpellation beginnende ex re (*dd*). 2. Auf Seiten des Gläubigers (mora in accipiendo) kann eine mora durch Verweigerung der Annahme der ihm vom Schuldner zu rechter Zeit und auf die gehörige Art offerirten Leistung (*e*), durch Verweigerung der vom Schuldner geforderten nähern Angabe der einzelnen Schuldposten (*f*) und

endlich auch dadurch entstehen, daß der Gläubiger sich nicht zur festgesetzten Zeit an dem festgesetzten Orte zum Empfang der Zahlung einstellt (*g*). 3. Zur Begründung der mora des Schuldners ist erforderlich, daß dem Zögernden nicht ein besonderer Entschuldigungsgrund zu Statten kommt (*h*), daß ihm also eine culpa dabei zur Last fällt (*i*). Dagegen wird die mora des Gläubigers mit ihren rechtlichen Folgen durch keinen Entschuldigungsgrund abgewendet (*k*).

(*a*) Sie heißt auch frustratio. fr. 37. D. 17. 1. — fr. 3. §. 4. D. 22. 1. Ferner cessatio oder dilatio. fr. 17. pr. fr. 21. D. ibid. Man sehe überhaupt: Donellus de usuris, fructibus, mora etc. Francof. 1589. — Löhr Theorie der Culpa S. 176. — Schöman vom Schadensersatze Th. 2. S. 10. und Fragmente aus seinen civil. und criminal. Vorl. S. 1. — Henning Ratjen de mora secundum iuris Romani principia comm. prior. Kiliae 1824. — C. O. v. Madai die Lehre von der Mora. Halle 1837. (Darüber ausführlich: F. A. Schilling in Richter's krit. Jahrb. B. 3. S. 218 ff.) — Roßhirt in s. Zeitschr. B. 3. H. 1. — Fritz Erläut. B. 2. H. 1. S. 324 ff. — v. Wening-Ingenheim vom Schadensers. S. 192 ff. — Koch Recht der Ford. S. 391 ff. — Unterholzner Schuldverh. B. 1. S. 407 ff. C. W. Wolff zur Lehre von der Mora. Gött. 1841. (Darüber: Liebe in Richter's krit. Jahrb. B. 13. S. 7. ff.) — v. Vangerow Pand. B. 3. §. 588. — Sintenis Civilr. B. 2. §. 93. — v. Holzschuher Theorie und Casuistik B. 2. Abth. 2. S. 221 ff. — Molitor les obligations Vol. 1. p. 225 seq. — F. Mommsen Beitr. 3. Abth. (Darüber: Windscheid in der krit. Zeitschr. für die ges. RW. B. 3. S. 253 ff.)

(*aa*) Im vulgären Sinne heißt jede Verzögerung mora. S. z. B. fr. 24 pr. D. 22. 1, wo dieser Ausdruck zuerst im vulgären und dann im technischen Sinne vorkommt. Zwei technische Bedeutungen von mora, nämlich eine mora im objectiven und eine mora im subjectiven Sinne (die eigentliche mora), nimmt Wolff a. a. O. an. Darüber s. Liebe a. a. O.

(*b*) fr. 8. §. 1. D. 13. 1. — „Semper enim moram fur facere videtur." fr. 20. D. ibid.

(*c*) fr. 5. D. 12. 1. — fr. 114. D. 45. 1. — fr. 47. D. 19. 1. — fr. 5. pr. D. 50. 10. — const. 12. C. 8. 38. A. M. sind einzelne ältere Schriftsteller von der Zeit der Glossatoren an bis in das siebzehnte Jahrhundert; gegen das Ende des achtzehnten aber kam diese Streitfrage allmählig in Vergessenheit, so daß sie selbst in Glück's Commentar gar nicht erwähnt wird. S. v. Schröter in Linde's Zeitschr. B. 4. Nr. 5. S. 100 ff. — Neustetel im Arch. für die civ. Prax. B. 5. nr. 8. griff die Regel: dies interpellat pro homine, wieder an, in der Meinung, er sei der erste, der dieses thue. Gegen ihn schrieben: Thibaut ebendas. B. 6. Nr. 2. und Henr. Lotz Diss. nonnullas de morae initio quaestiones tractans. Wirceburg. 1825. Eine Mittelmeinung stellte auf: Ratjen l c. §. 5—9. Ausführlich griff sodann unter Berücksichtigung der ältern Literatur die gewöhnliche Ansicht an: v. Schröter a. a. O. — Thibaut vertheidigte dieselbe wieder im Arch. für civ. Pr. B. 16. S. 162. Dagegen: v. Schröter in Linde's Zeitschr. B. 7. Nr. 3. Dafür wieder: v. Madai a. a. O., besonders §. 24. Dagegen: Gesterding Nachforsch. B. 5. Abth. 1. Nr. 2. — Wolff S. 317 ff. — Puchta Pand. §. 289 Note *k*. — Sintenis Civilr. §. 93 Note 71. — Arndts Pand. §. 251. Anm. 6. Vergl. auch: Seuffert Blätter für Rechtsanwendung. Jahrg. 1836. Nr. 1. u. 2. und Fritz Erläuter. H. 3. (B. 2. H. 1.) S. 332 ff. Dafür wieder: Liebe a. a. O. — v. Vangerow a. a. O. Anm. 2. Dagegen nach Röm., dafür aber nach heutigem gemeinen Recht mit Rücksicht auf die in Seuffert's Arch. VI. 163 mitgetheilte Resolution ad dubia cameralia v. J. 1595, Mommsen §. 10, welchem Arndts a. a. O. (3. u. 4. Aufl.) beistimmt. A. M. hinsichtlich des heutigen Rechtes: Windscheid S. 257 ff. — Brinz Pand. B. 1. S. 551.

(*d*) fr. 32. pr. D. 22. 1.

(*dd*) fr. 32. pr. cit. Vergl.: fr 5. D. 4. 4. — fr. 23. §. 1. fr. 38. §. 1. D. 22. 1. — fr. 3. §. 2. in f. D. 34. 4. — fr. 26. §. 1. D. 40. 5. — const. 3. C. 2. 41. — const. 7. C. 4. 7.

(*e*) fr. 72. pr. D. 46. 3. — fr. 73. §. 2. fr. 122. pr. D. 45. 1. — fr. 39. D. 50. 17. — const. 6. C. 4. 32.

(*f*) Nicht wegen const. 4. C. 5. 56., sondern weil hier eine hinreichende Oblation vorliegt, so daß man sagen kann: per actorem stat, quo minus solvatur. Vergl. v. Madai §. 42. — Schilling S. 247. — Fritz S. 355.

(*g*) fr. 18. pr. D. 13. 5. Vergl. die in der Note *f*. cit. Schriftsteller. A. M. Mommsen S. 175.

(*h*) Z. B. fr. 5. D. 12. 1. — fr. 13. pr. D. 16. 3. — fr. 3. pr. fr. 9. §. 1. fr. 17. §. 3. fr. 21—23. pr. fr. 24. pr. D. 22. 1. — fr. 18. §. 1. D. 18. 6. — const. 24. C. 8. 45. — v. Madai §. 13. — Fritz S. 341 ff. Ueberhaupt ist dem richterlichen Ermessen dabei Vieles überlassen. fr. 32. pr. D. 22. 1. — fr. 91. §. 3. D. 45. 1. Uebrigens ist der bloße Mangel an Geldmitteln, welcher die Fälligkeit und Klagbarkeit der Forderung nie aufschiebt, fr. 137. §. 4. D. 45. 1., auch kein Hinderniß für die Entstehung der mora. A. M. Seuffert Pand. §. 245. Note 13. — Windscheid in der krit. Zeitschr. B. 2. S. 112.

(*i*) fr. 9. §. 1. fr. 24. pr. D. 22. 1. Nicht dagegen sind: fr. 3. §. 4. D. 19. 1. — fr. 137. §. 4. D. 45. 1. — fr. 18. pr. D. 13. 5. A. M.: Schöman vom Schadensersatze Th. 2. S. 12 ff. — Dessen Fragmente S. 50 ff. — Hänel vom Schadensersatze §. 70, welchen auch Mackelbey beistimmte. S. aber: Thibaut Syst. §. 98. — Lotz § 12. — v. Madai §. 2. — Fritz S. 347. — Wolff S. 252 ff. — v. Vangerow a. a. O. Anm. 1. — Mommsen §. 2. u. 8.

(*k*) fr. 18. pr. D. 18. 5. — fr. 3. §. 4. D. 19. 1. Dagegen sind auch nicht: fr. 72. pr. D. 46. 3. — fr. 17. D. 13. 5. — Schilling a. a. O. S. 222 und 283. — Fritz S. 357. — Mommsen S. 134 ff. A. M. Windscheid in der krit. Zeitschr. B. 3. S. 268 ff.

§. 346.

2. Wirkung derselben.

Die Wirkungen der mora, und zwar 1. des Schuldners, bestehen darin, daß er dem Gläubiger vom Augenblicke der eingetretenen mora an Entschädigung für die Früchte der Sache leisten, Verzugszinsen zahlen und überhaupt das ganze Interesse prästiren muß (*a*), wovon es eine Folge ist, daß er für den zufälligen Schaden haftet (*b*), wenn er nicht beweisen kann, daß die Sache, auch wenn sie geleistet worden wäre, zu Grunde gegangen und von dem Gläubiger nicht verkauft worden sein würde (*c*). 2. Die mora des Gläubigers bewirkt (*d*), daß der Schuldner von den nachtheiligen Folgen der mora befreit wird (*e*), daß er jetzt nicht mehr für culpa, sondern nur für dolus haftet (*f*), und daß das periculum rei, wenn dieses sonst der Schuldner zu tragen hatte, nunmehr auf den Gläubiger übergeht, und zwar ohne Unterschied, ob eine species, oder eine Quantität den Gegenstand der Schuld ausmacht (*g*). 3. Kommen beide Theile nach einander (*h*) in Verzug, so wird die frühere mora aufgehoben, und die spätere gereicht nun demjenigen zum Nachtheil, in dessen Person sie eintritt (posterior mora nocet), jedoch so, daß dieser die Rechte, die er aus der frühern mora erworben hatte, deshalb nicht verliert (*i*). — Die nicht auf einem besonderen Rechtsgeschäft beruhenden Ansprüche des Gläubigers aus der mora des Schuldners müssen übrigens immer mit der Hauptklage zugleich geltend gemacht werden (*k*).

(*a*) fr. 8. §. 6. D. 43. 26. „Ubi moram quis fecit, omnem causam debebit restituere." — fr. 17. §. 1. D. 6. 1. — fr. 19. D. 18. 6. — fr. 3. pr. fr. 17. §. 3. 4. fr. 32. §. 2. fr. 34. fr. 41. pr. D. 22. 1. — fr. 1. pr. fr. 3. §. 3. fr. 21. §. 3. D. 19. 1. Mommsen §. 19 ff. Vergl. auch v. Buchholtz jur. Abhandl. S. 382. Ueber den Fall, wenn sich der Preis später erhöht oder vermindert, vergl. Mommsen §. 21 u. Windscheid S. 263 ff.

(b) fr. 82. §. 1. D. 45. 1. — fr. 39. §. 1. fr. 108 §. 11..D. 30. — fr. 14. D. 23. 3. — fr. 5. D. 12. 1. — const. ult. C. 4. 7. — CHR. GLIEB. GMELIN Diss. de casu post moram praestando. Tubing. 1804. Darauf bezieht es sich auch, wenn die Quellen sagen: mora perpetuatur obligatio. fr. 91. §. 3. D. 45. 1. — fr. 24. §. 2. D. 22. 1. — fr. 173. §. 2. D. 50. 17. Mit Unrecht will v. Madai §. 44 ff. alle Wirkungen der mora in solvendo aus dem „Princip der perpetuatio obligationis" ableiten.

(c) fr. 14. §. 1. D. 16. 3. — fr. 12. §. 4. D. 10. 4. — fr. 47. §. 6. D. 30. — Glück Comm. B. 4. S. 414. Diese Ausnahme ist jedoch sehr bestritten. Dagegen sind namentlich: v. Madai §. 46. — Schilling S. 253. Dafür aber namentlich: Roßhirt Zeitschr. B 3 S. 20 ff. — Mühlenbruch Lehrb. 3. Aufl. §. 357. Note 4. — Puchta Pand. §. 268. — Unterholzner Schuldverh. B. 1. S. 121 ff. — Wolff S. 462. — v. Vangerow a. a. O. Anm. 3. — Mommsen S. 190 ff. — Windscheid S. 261 ff. Einige Schriftsteller, die im Allgemeinen für die Ausnahme sind, wollen dieselbe doch bei dem Diebe und dem gewaltsamen Besitzer nicht zulassen, wegen fr. 8. §. 1. fr. 16. fr. 20. D. 13. 1. — fr. 40. pr. D. 5. 3. — fr. 50. pr. D. 47. 2. — const. 9. C. 6. 2. — const. 2. C. 4. 8. So z. B. die angef. Mühlenbruch u. Puchta, sowie auch Mackeldey. Dagegen: v. Vangerow a. a. O.

(d) Vergl. im Allgemeinen: Mommsen §. 30 u. Windscheid S. 271 ff.

(e) fr. 7. D. 22. 1. — fr. 39. 161. D. 50. 17. — Wenn er aber schon vor der mora creditoris aus einem anderen Grunde Zinsen schuldig war und den fernern Lauf derselben hemmen will, so muß er das Geld gerichtlich deponiren. Die bloße Oblation desselben befreit ihn nicht. fr. 7. D. 22. 1. — const. 6. 9. C. 4. 32. Vergl. Mommsen §. 31 u. Windscheid S. 273 ff.

(f) fr. 5. 17. D. 18. 6. — fr. 9. D. 24. 3.

(g) fr. 105. D. 45. 1. — fr. 72. pr. D. 46. 3. — GOTTSCHALK Disc. for. T. 1. c. 14. — Gesterding Nachforsch. Th. 1. S. 261.

(h) Oft spricht man auch von einer gleichzeitigen mora des Gläubigers und des Schuldners und läßt Compensation eintreten. fr. 17. D. 18. 6. — fr. 51. pr. D. 19. 1. — arg. fr. 39. D. 24. 3. — fr. 3. §. 3. D. 2 10. fr. 36. D. 4. 3. A. M. ist Fritz im Arch. für die civ. Prax. B. 10. S. 155. Dagegen Hepp in der Tüb krit. Zeitschr. für RW. B. 4. S. 51. Daß aber eine gleichzeitige mora beider Theile nicht vorkommen kann, zeigt v. Madai §. 70. Vergl. Mommsen §. 36 u. Windscheid S. 278.

(i) fr. 17. D. 18. 6. — fr. 37. D. 17. 1. — fr. 7. D. 22. 1. — fr. 51. §. 1. D. 19. 1. — fr. 26. D. 24. 3. — fr. 91. §. 3. fr. 135. §. 2. D. 45. 1. — Schöman vom Schadensersatz Th. 2. S. 27.

(k) fr. 49. §. 1. D. 19. 1. — const. 4. C. 4. 34. — const. 13. 26. pr. C. 4. 32. — Seuffert im Archiv für die civil. Praxis B. 1. nr. 17. — Mommsen §. 26 Vergl. Windscheid S. 267 u. 277.

§. 347.

3. Ende der mora (*).

Die einmal entstandene mora hört auf (mora purgatur): 1. auf Seiten des Schuldners, sobald er sich, so lange noch res integra ist, zur Erfüllung seiner Pflicht bereit erklärt (a), oder wenn ihm der Gläubiger von Neuem Frist gibt (b). 2. Auf Seiten des Gläubigers wird die mora purgirt, sobald er sich zur Annahme der Leistung bereit erklärt und den Schuldner zu dem Ende zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit auffordert (c). 3. Auf Seiten des Schuldners sowohl wie des Gläubigers hört die mora auf, wenn die Schuld selbst erlischt, sei es durch Zahlung oder Novation, oder auf irgend eine andere Weise (d).

(*) Mommsen §. 34—36. — Windscheid S. 276 ff.

(a) fr. 73. §. 2. fr. 91 §. 3. D. 45. 1.

(b) fr. 8. pr. D. 46. 2.

(c) fr. 7. in fin. D. 22. 1.

(d) fr. 14. pr. fr. 15. fr. 31. pr. D. 46. 2.

§. 348.

III. Von den Zinsen. A. Begriff derselben.

Sehr häufig kommen bei Obligationen, außer der Leistung des Hauptgegenstandes, auch Zinsen vor (*a*). Unter Zinsen (usurae) versteht man dasjenige, was Jemand für den ihm eingeräumten oder den einem Anderen entzogenen Gebrauch einer Quantität fungibler Sachen, die er diesem schuldig ist, nach einem bestimmten Maßstabe in Sachen gleicher Art als Entschädigung zu geben verpflichtet ist (*b*). Die Quantität, für deren Benutzung die Zinsen bezahlt werden, heißt das Capital oder der Hauptstamm, der Hauptstuhl (sors, caput, summa crediti, debita quantitas, principale debitum). Zinsen setzen also ihrem Begriffe nach immer eine Hauptschuld voraus und hören mit dieser auf (*c*).

(*a*) Paulus 2. 14. — Dig. 22. 1. — Cod. 4. 32. — 5. 56. — 7. 54. — Nov. 32. 33. 34. 121. 138. Die erste und die drei letzten sind nicht glossirt. — Donelli tract. de usuris, fructibus et mora. In oper. prior. Francofurti ad M. 1589. p. 1. — G. Noodt de foenore et usuris libri III. In oper. T. 1. — Glück Comm. Th. 21. §. 1129—1138. — Fritz Erläut. H. 3. (B. 2. H. 1.) S. 20 ff. — Unterholzner Schuldverh. B. 1. S. 309 ff. — Koch Recht der Ford. B. 1. S. 87 ff. — Schilling Lehrb. der Inst. B. 3. S. 101 ff. — Sintenis prakt. Civilr. B. 2. §. 87. — Vergl. auch v. Savigny Syst. B. 6. S. 122 ff. Ueber die Römische Berechnungsart der Zinsen s. man insbes. Niebuhr Röm. Gesch. B. 3. S. 61. — Hipp de foenore veterum Romanorum. Hamb. 1828.

(*b*) fr. 17. §. 3. D. 22. 1. — fr. 13. §. 20. D. 19. 1. Zinsen werden übrigens nicht blos für Geld, sondern auch für andere fungible Sachen, z. B. Oel, Getreide, als Aufmaß (additamentum) gegeben. const. 23. C. 4. 32.

(*c*) Aus der Zinsenzahlung kann aber nach der vorherrschenden Ansicht unter Umständen eine Vermuthung für die Existenz der entsprechenden Hauptschuld abgeleitet werden. fr. 6. D. 22. 1. So z. B. Glück Th. 21. S. 74 und Sintenis a. a. O. Note 4. Indessen ist man über diese Auslegung des fr. 6. cit. nicht einig. S. z. B. Leyser spec. 243. med. 7. 8. — Gesterding in den Irrth. der Rechtsgel. S. 1. — Fritz a. a. O. S. 21 ff. Ueber fr. 6. cit. s. auch unten §. 349. Note *i*.

§. 349.

B. Grund der Zinsen (*).

Die Verpflichtung, Zinsen zu zahlen, setzt immer einen besondern Grund voraus. Dieser liegt nun: I. entweder in unmittelbarer gesetzlicher Vorschrift (s. g. usurae legales) (**), und zwar: A. entweder in einer allgemeinen Rechtsvorschrift (in iure communi); daher ist z. B. Jeder, in dessen Nutzen fremdes Geld verwendet worden ist, dasselbe nicht blos zurückzuzahlen, sondern auch von Zeit der Verwendung an zu verzinsen schuldig (*a*), und eben deshalb muß der Käufer einer Sache, wenn ihm der Kaufpreis nicht creditirt ist, denselben von Zeit der Tradition der Sache an verzinsen (*aa*), wenn ihm bei Zurückhaltung derselben auch keine mora zur Last fallen sollte (*aaa*). B. Oder in einer besonderen Begünstigung des Gläubigers (in iure singulari); so z. B. muß Jeder, der Geld, welches im Falle einer mora verzinst werden müßte, an einen Minderjährigen zu zahlen hat, wegen jeder aufgeschobenen Zahlung Zinsen zahlen, wenn ihm auch keine mora zur Last fällt (*b*). II. Oder in einer dazu verpflichtenden Handlung. Diese kann sein: A. ein Vertrag (s. g. usurae conventionales) (*c*); B. oder eine einseitige Handlung, und diese wiederum: 1. eine erlaubte Handlung, z. B. Pollicitation (*d*) oder

Testament (s. g. usurae testamentariae) (*e*); 2. oder eine unerlaubte Handlung, dahin gehört insbesondere a) die mora des Schuldners (usurae ex mora), wenn die Forderung eine bonae fidei actio erzeugt (*f*), oder auf einem Vermächtniß beruht (*ff*); b) wenn man fremde Gelder unbefugt zu seinem Nutzen verwendet (*g*), und c) wenn Jemand fremde Capitalien, deren Verwaltung ihm obliegt, aus Nachlässigkeit nicht zinsbar anlegt (*h*). III. Endlich ist hier auch noch zu bemerken, daß durch die mehrjährige Bezahlung von Zinsen unter Umständen die Vermuthung begründet wird, daß ein rechtmäßiger Zinsengrund vorhanden sei (*i*), und daß derjenige, welcher sich Zinsen für eine gewisse Zeit vorausbezahlen läßt, das Capital vor Ablauf dieser Zeit nicht zurückfordern kann (*k*).

(*) Weber Versuche über das Civilrecht nr. 3.

(**) Viele gebrauchen den Ausdruck gesetzliche Zinsen für alle diejenigen, zu welchen man auf andere Weise als durch ein Rechtsgeschäft obligirt wird, also auch für diejenigen, von welchen unter II. 2. die Rede ist. Diese haben auch sämmtlich die wichtige Eigenheit, daß sie non in obligatione sunt, sed officio iudicis praestantur, d. h. daß sie nicht mit einer selbstständigen Klage, sondern nur als Nebenpräastationen neben der Hauptforderung, eingeklagt werden können. Vergl. const. 1. C. 3. 1. mit const. 4. C. 4. 34. und vielen anderen Stellen, z. B. fr. 49. §. 1. D. 19. 1. — fr. 54. pr. D. 19. 2. — fr. 6. §. 12. fr. 7. D. 3. 5. — fr. 24. 28. D. 16. 3. — fr. 10. §. 3. D. 17. 1. Eine Beschränkung dieser Rechtsregel behauptet zwar Unterholzner S. 323. S. aber dagegen Sintenis a. a. O. Note 19 und 25.

(*a*) fr. 19. § 4. D. 3 5. — fr. 12. §. 9. D. 17. 1. — fr. 6. D. 22. 1. und darüber: H. Schmith interpret. L. 6. D. de usuris. L. B. 1807.

(*aa*) fr. 13. §. 20. D. 19. 1. — fr. 18. §. 1. D. 22. 1. — const. 5. C. 4. 49. — const. 2. C. 4. 32. — Fragm. Vat. §. 2.

(*aaa*) Z. B weil er denselben wegen drohender Eviction der Sache, oder weil Arrest darauf gelegt ist, zurückhält. Doch kann er sich durch gerichtliche Deposition desselben von der Verzinsung befreien. fr. 7. D. 22. 1. — const. 6. 9. C. 4. 32.

(*b*) fr. 87. §. 1. D. 31. — const. 3. C. 2. 41. — const. 5. C. 4. 49.

(*c*) const. 4. C 4. 32.

(*d*) fr. 10. D. 50. 12. Vorausgesetzt, daß eine bloße Pollicitation zur Begründung einer Hauptschuld ausnahmsweise hinreicht.

(*e*) fr. 3. §. 6. D. 33. 1.

(*f*) fr. 24. D. 16. 3. — fr. 32. §. 2. D. 22. 1. — const. 2. C. 4. 34.

(*ff*) Von den b. f. negotia wurde es zuerst auf Fideicommisse und von diesen allmählig auf Legate ausgedehnt. Gaj. II. §. 280. — Paul. S. R. III. 8. §. 4. — fr. 34. D. 22. 1. — fr. 39. §. 1. D. 30. — fr. 87. §. 1. D. 31. Eine weitere Ausdehnung fand nach Röm. Rechte nicht Statt. v. Madai die Mora S. 369 ff.

(*g*) fr. 28. D. 16. 3. — fr. 1. §. 1. D. 22. 1. — fr. 7. §. 10. 12. D. 26. 7. — fr. 38. D. 3. 5. — fr. 10. §. 3. D. 17. 1.

(*h*) fr. 19. §. 4. D. 3. 5. — fr. 7. §. 3. fr. 10. fr. 15. fr. 58. §. 1. D. 26. 7.

(*i*) fr. 6. D. 22. 1. — Glück Comm. Th. 21. S. 51. — H. Keller in den Sell'schen Jahrb. B. 3. Nr. 5. — Sintenis a. a. O. Note 4. Ueber andere Auslegungen des fr. 6. cit in pr. s. u. A.: Gesterding in den Irrth. der Rechtsgel. S. 8. — Müller civ. Abh. Nr. 6. — Fritz S. 30. ff.

(*k*) fr. 57. D. 2. 14. — fr. 2. §. 6. D. 44. 4. — Karl Röber Abh. über prakt. Fragen des Civilrechts. Gießen 1833. Nr. 4. — Fritz S. 66 ff. — v. Vangerow B. 1 §. 77. Anm. 2. — Sintenis a. a. O. Note 55.

§. 350.

C. Maß und gesetzliche Beschränkungen der Zinsen.

Ueber den Betrag der zu bezahlenden Zinsen ist zu bemerken: 1. Das Maß (*) derselben hängt, a) wenn die Zinsverbindlichkeit auf Vertrag oder einem anderen Rechtsgeschäft beruht, von der Bestimmung ab, die

in dem Rechtsgeschäfte enthalten ist; jedoch durften sich nach Justinianeischem (**) Rechte personae illustres und alle Personen höheren Ranges nicht mehr als 4 Procent, Kaufleute und Fabrikanten nicht mehr als 8 Procent, jeder Andere nicht mehr als 6 Procent bedingen, oder aus einem einseitigen Geschäfte beziehen (*a*). b) Das Maß der übrigen Zinsen (*aa*) ist nur ausnahmsweise gesetzlich bestimmt, und alsdann besteht es bald in 6 Procent (*b*), bald nur in 4 oder 3 Procent (*bb*), bald endlich sogar in 12 Procent (*c*). In den meisten Fällen aber hat es der Richter zu bestimmen, und dabei gewöhnlich (*d*) darauf zu sehen, was in der Gegend gerade üblich ist (*dd*); jedoch darf er alsdann das erlaubte Maß der Vertragszinsen nie überschreiten (*ddd*). 2. Außerdem finden in Ansehung der Zinsen noch folgende Beschränkungen statt: a) in so weit rückständige Zinsen die Summe des Capitals übersteigen (s. g. usurae ultra alterum tantum), können sie nicht gefordert werden (*e*). b) Es ist nicht erlaubt, Zinsen von Zinsen zu nehmen (usurarum usurae s. anatocismus), es mag bedungen sein, daß die Zinsen zum Capital geschlagen (s. g. anatocismus coniunctus), oder vom Schuldner als neues Capital verzinst werden sollen (s. g. anatocismus separatus) (*f*). Ein anatocismus ist aber nur dann vorhanden, wenn derselbe Schuldner demselben Gläubiger Zinsen von Zinsen zahlt, welche er diesem schuldig ist. Es ist also kein anatocismus, wenn ein Gläubiger die Zinsen, welche er von seinem Schuldner erhebt, einem Dritten als Capital leiht, oder wenn Jemand Zinsen von Zinsen bezahlen muß, die ein Anderer schuldig ist (*g*). 4. Alle Geschäfte, welche eine Umgehung der bisher angeführten Zinsverbote bezwecken, sind ungiltig (*h*). Das zu viel Versprochene braucht nicht bezahlt zu werden; ist es schon bezahlt, so hat entweder der Schuldner das Capital noch in Händen, oder nicht. Im ersten Falle wird das Capital ipso iure um so viel kleiner, als zu viel Zinsen bezahlt sind, im zweiten Falle kann das zu viel Bezahlte mit der condictio indebiti zurückgefordert werden (*i*).

(*) Berechnet wurden die Zinsen bei den Römern (wenigstens in der letzten Zeit der Republik und später) nach Monaten, weil sie monatlich, und zwar am ersten Tage des Monats (Kalendae), bezahlt werden mußten. Sie wurden nach Procenten bestimmt, d. h. nach Hunderttheilen des Capitals. Zinsen zu Eins vom Hundert (1 Procent) hießen centesimae usurae. S. z. B. fr. 4. §. 1. D. 22. 2. — const. 26. §. 1. C. 4. 32. — Häufig ist von einem Theile eines Procents die Rede. Hier gehen nun die Römer, wie in anderer Beziehung, z. B. bei Bestimmung von Quoten einer Erbschaft, von ihrer Abtheilung des Ganzen (as) in 12 Uncien aus und bezeichnen: $\frac{1}{12}$ mit uncia, $\frac{2}{12}$ oder $\frac{1}{6}$ mit sextans, $\frac{3}{12}$ oder $\frac{1}{4}$ mit quadrans, $\frac{4}{12}$ oder $\frac{1}{3}$ mit triens, $\frac{5}{12}$ mit quincunx, $\frac{6}{12}$ oder $\frac{1}{2}$ mit semis, $\frac{7}{12}$ mit septunx, $\frac{8}{12}$ oder $\frac{2}{3}$ mit bes, $\frac{9}{12}$ oder $\frac{3}{4}$ mit dodrans, $\frac{10}{12}$ oder $\frac{5}{6}$ mit dextans oder decunx und $\frac{11}{12}$ mit deunx (i. e. as demta uncia). §. 5. J 2. 14. Die Uebersetzung aus dem Römischen Sprachgebrauch in den heutigen wird dadurch sehr erleichtert, daß das Jahr, nach welchem wir die Zinsen zu berechnen pflegen, gerade aus eben so vielen Monaten besteht, als das as Uncien hat. So viele Zwölftheile eines Procents (unciae) auf einen Monat kommen, so viele ganze Procente kommen auf ein Jahr. Hiernach sind z. B. usurae trientes oder tertia pars centesimae = 4 Procent, usurae semisses oder semissales oder dimidia pars centesimae = 6 Procent, usurae besses oder bes centesimae = 8 Procent u. s. w. Ausführlicher und mit Beweisstellen: Fritz S. 37.

(**) Aus der frühern Zeit ist zu bemerken: Die XII Tafeln erlaubten das unciarium foenus, worunter man wohl, mit Niebuhr R. Gesch. B. 3. S. 66, $\frac{1}{12} = 8\frac{1}{3}$ Procent jährlich verstehen muß. Diese Bestimmung wurde gegen das Ende des vierten Jahrhunderts d. St. wiederholt in der lex Duilia Maenia. Ein Plebiscit vom J. 408 dagegen erlaubte nur das semiunciarium foenus, und ein neues, die lex Genucia vom J. 413, verbot unter Römischen Bürgern das foenus ganz, jedoch

erklärte sie, wie es scheint, nicht den Zinsvertrag für nichtig, sondern bedrohte nur das Zinsennehmen mit einer Privatstrafe. Vermittelst der socii wurde dieses Gesetz oft umgangen, bis sein Inhalt durch die lex Sempronia vom J. 561 auf dieselben ausgedehnt wurde. TACITI Annal. VI. 16. — LIV. VII. 16. 27. 42. — GAJ. IV. §. 23. Im siebenten Jahrhundert wurde durch ein Senatusconsult und dann durch ein Plebiscit, die lex Gabinia, den Römern verboten an Provinzialstädte Geld auf Zinsen zu leihen. CIC. ad Attic. V. 21. VI. 2. — v. Savigny über den Zinswucher des M. Brutus, in s. verm. Schriften B. 1. Nr. 13. — Um dieselbe Zeit bildete sich aber, wohl hauptsächlich durch die obrigkeitlichen Edicte, CIC. l. c. I. 12. V. 21, der Zustand, der im Wesentlichen bis auf Justinian's neue Verordnung bestand. Die Zinsen waren nun wieder erlaubt; aber es war ein Maximum festgesetzt, welches in der Regel durch kein Rechtsgeschäft giltig überschritten werden konnte. Diese maximae oder legitimae usurae waren die centesimae. PAUL. S. R. II. 14. §. 2. 4. — const. 1. 2. C. Th. 2. 33. — Ueber die Geschichte des Römischen Zinsfußes vergl.: Puchta Inst. B. 3. §. 261. — Schilling a. a. O. S. 111 ff. — Walter RG. B. 2 §. 609. Vergl. B. 1. §. 201.

(a) const. 26. § 1. C. 4. 32. In zwei Fällen, in welchen früher die centesimae überschritten werden durften, erlaubt Justinian ausnahmsweise centesimae usurae, also 12 Procent jährlich, nämlich bei dem nauticum foenus (§. 398 b.) und wenn das Capital nicht in Geld, sondern in Früchten (species) besteht. — In Deutschland waren die eigentlichen Zinsen früher verboten, was sich erst im sechzehnten und siebzehnten Jahrhundert allmälig änderte. Fritz S. 46 ff. — NEUMANN Diss. de vicissitudinib., quas canonici iuris de usuraria pravitate placita in Germania inde a saec. XIII. usque ad medium saec. XVII. subierunt. Berol. 1860. — Reichs-Pol.-Ordn. v. 1577. Tit. 17. §. 9. — Reichs-Dep.-Absch. v. 1600. §. 139. — Reichsabsch. v. 1654. §. 174. Die Praxis schwankt da, wo das gemeine Recht gilt, zwischen 5 und 6 Procent. — Joh. Gottfr. v. Meiern von der Rechtmäßigkeit des sechsten Zinsthalers in Deutschland. Hannover 1732. — Refutation der Meiernischen Gedanken u. s. w. Frankfurt u. Leipzig 1734. — v. Meiern Antwort auf die sogenannte Refutation u. s. w. Hannover 1734. — Hufeland Beiträge zur Berichtigung und Erweiterung der positiven Rechtswissenschaften St. 1. nr. 2. — Hugo civ. Mag. B. 2. nr. 7. — Göschen Grundr. S. 210—215. — Fritz a. a. O., besonders S. 50 ff.

(aa) Fritz S. 40 ff.

(b) fr. 17. §. 6. D. 22. 1.

(bb) Nur vier Procent: const. 31. §. 2. C. 5. 12. — const. un. §. 7. C. 5. 13. — Nov. 2. c. 4. — Nov. 22. c. 44. §. 4. 7. 8. — Nov. 34. c. 1. Nur drei Procent: const. 12. pr. C. 3. 31. — v. Buchholtz jur. Abhandl. Nr. 23.

(c) const. 2. 3. C. 7. 54. — const. 4. C. 8. 10. Vergl. jedoch über die letztere Stelle: Schilling S. 121 Note *vv*. Daß fr. 38. D. 3. 5 und fr. 54. D. 26. 7 nach Justinianeischem Recht nicht mehr von 12 Procent zu verstehen sind, darüber s. Fritz S. 43 ff.

(d) Ueber andere Umstände, die zuweilen maßgebend sind, s. z. B. fr. 10. §. 3. fr. 12. §. 9. D. 17. 1.

(dd) Usurae, quae in ea regione frequentantur. fr. 1. pr. fr. 37. D. 22. 1. — fr. 7. §. 10. D. 26. 7. — fr. 3. §. 1. D. 27. 4. — fr. 39. §. 1. D. 30.

(ddd) S. Note *dd* und const. 26. §. 1. C. 4. 32.

(e) const. 10. C. 4. 32. Vergl. const. 27. §. 1. C. ibid. — fr. 26. §. 1. D. 12. 6. — Durch spätere Gesetze, const. 29. 30. C. ibid. Nov. 121. 138, wurde dieß auch auf successiv bezahlte Zinsen ausgedehnt; allein diese Gesetze sind nicht glossirt und gelten daher bei uns nicht. — W. Sell in den Sell'schen Jahrb. B. 1. Nr. 2. — Pfeiffer prakt. Ausf. B. 7. Nr. 4.

(f) Dieses Verbot, welches zu Cicero's Zeit wenigstens noch nicht allgemein bestand, CIC. ad Att. V. 21. §. 11. 13. VI. 1. §. 5. VI. 3. §. 5, findet sich bereits in fr. 26. §. 1. D. 12. 6. — fr. 27. D. 42. 1. — const. 20. C. 2. 12. Aber erst Justinian untersagt auch einen Vertrag, der sich auf die künftige Verzinsung der vor seiner Abschließung bereits fälligen Zinsen bezieht, const. 28. C. 4. 32, so wie er zuerst verbietet, daß usurae rei iudicatae von den Zinsen verlangt werden, auf welche der Schuldner verurtheilt ist, const. 3. C. 7. 54, vergl. mit const. un. C. Th. 4. 19. — Struben rechtl. Bed. Th. 1. nr. 123. Th. 3. nr. 33. — PUFENDORF observ. iur. univ. T. 1 obs. 14. — Weber zu Höpfner §. 967. not. 7. — Zimmermann über Anatocismus und Interusurium. Frankf. 1798.

(*g*) Daraus erklärt sich fr. 7. §. 12. fr. 9. §. 4. D. 26. 7.
(*h*) fr. 44. D. 22. 1. — const. 26. §. 1. C. 4. 32.
(*i*) const. 18. 26. §. 1. C. 4. 32. — fr. 26. §. 1. 2. D. 12. 6. — Weber Vers. über das Civilr. Nr. IV. — Thibaut Versuche B. 2. Abh. 5. Nr. 3. — Röder Abh. Nr. 5.

§. 351.

D. Interusurium.

Interusurium s. commodum medii temporis bedeutet im weitern Sinne den Genuß des Gegenstandes einer Forderung vor dem Fälligwerden derselben (*a*). Es kommt besonders auch zur Sprache als commodum repraesentationis (*aa*). So heißt nämlich das, um was eine Forderung deswegen jetzt weniger werth ist, weil sie erst künftig fällig wird und in der Zwischenzeit keine Zinsen trägt. In der Regel kann dem Gläubiger die Zahlung einer noch nicht fälligen Forderung (repraesentatio) mit Abzug des commodum repraesentationis nicht aufgedrungen werden. Demungeachtet kommt es oft vor, daß diese Art von Interusurium berechnet werden muß (*aaa*). Nach welchem Princip es aber zu berechnen sei, wenn die Interessenten nicht durch Vertrag oder ein anderes Rechtsgeschäft darüber etwas bestimmt haben, ist sehr streitig (*b*).

(*a*) fr. 9 §. 8. D. 15. 1. — fr. 24. §. 2. D 24. 3. — fr. 1. §. 10. D. 35. 2. — fr. 10. §. 12. fr. 17. §. 2. D. 42. 8. — Fritz Erläut. H. 3. (B. 2. H. 1.) S. 129.
(*aa*) S. namentlich fr. 24 §. 2. cit. — Fritz a. a. O.
(*aaa*) S. die in der Note *a* citirten Stellen.
(*b*) Ben. Carpzov Dec. P. 3. dec. 275. — Gtfr. Aug. Hofmann von richtiger Berechnung des Interusurii; in Joh. Fr. Polack mathesis forensis. 3te Ausg. p. 129. 4te Ausg. p. 154. — G. G. Leibnitz medit. jurid. math. de interusurio. In actis erud. ann. 1683. p. 425. — Schrader civil. Abh. nr. 2. — Seuffert Erört. Abth. 1. nr. 19. — Dann über das Interusurium oder den gegenwärtigen baaren Werth einer erst künftig zahlbaren Summe. Ulm 1823. — Ferd. Zachariae über die richtige Berechnungsart des Interusurii. Greifswalde 1831. — Göschen Grundr. S. 220. — Fritz S. 132 ff. — v. Vangerow §. 587. — Rechtslexicon B. 5. S. 636 ff. — L. Oettinger im Archiv für civ. Prax. B. 29. S. 33 ff. — Keil das Interusurium. Jena 1854. — v. Keller Pand. §. 248.

Zweiter Abschnitt.

Von der Entstehung der Obligationen.

§. 352.

Allgemeine Uebersicht.

Eine klagbare Obligation kann entstehen: 1. aus Verträgen (contractus und pacta) (*); 2. aus unerlaubten Handlungen und Vergehen (delicta, maleficia); 3. aus verschiedenen anderen rechtlichen Gründen, wohin insbesondere die obligationes quasi ex contractu und quasi ex delicto, außerdem aber auch noch viele andere, gehören (*a*).

(*) Die Römer führen als erste Entstehungsart nur die contractus, nicht auch die pacta, an, s. Note *a*. Bei der Darstellung des Justinianeischen Rechtes dürfte es aber

zweckmäßig sein, die obligatorischen pacta mit den contractus in einem Capitel abzuhandeln.

(*a*) fr. 1. pr. D. 44. 7. „Obligationes aut *ex contractu* nascuntur, aut *ex maleficio*, aut *proprio quodam iure* ex variis causarum figuris.“ §. 2. J. 3. 13. (14). „Obligationes aut *ex contractu* sunt aut *quasi ex contractu*, aut *ex maleficio* aut *quasi ex maleficio*.“ Vergl. GAJUS III. §. 88. — JOH. ORTW. WESTENBERG de causis obligationum liber singularis seu dissertatt. IX. In oper. T. 1. pag. 57.

Erstes Capitel.

Obligationen aus Verträgen (*a*).

§. 353.

I. Begriff von Vertrag.

Vertrag (conventio) überhaupt ist eine Vereinbarung zweier oder mehrerer Personen über ein Rechtsverhältniß (*b*). Durch Vertrag können nun manche Familienverhältnisse und Vermögensrechte aller Art begründet und aufgehoben werden (*c*). Hier ist aber nur von solchen Verträgen die Rede, wodurch Obligationen begründet werden (*d*). Ein solcher Vertrag setzt wenigstens zwei Personen voraus, von denen die eine der andern etwas Bestimmtes zu leisten verspricht und diese das Versprechen annimmt (*e*). Die Annahme folgt gewöhnlich dem Versprechen erst nach, sie kann aber demselben als Gesuch auch vorausgehen (*f*).

(*a*) PAULUS I. 1. — Dig. 2.14. — Cod. 2. 3. — CUJACII comm. ad. tit. Dig. de pactis. In oper. T. 1. pag. 933 seq. *Ejusd.* recitatt. in tit. Cod. de pactis. In oper. T. 9. pag. 24. — DONELLI comment. ad tit. Dig. de V. O. et ad tit. Cod. de pactis. In oper. T. 7 et 11. — Bucher Recht der Forderungen S. 26 ff. — Joh. Kaufmann von den Obligationen und Verträgen. Wien und Triest 1820. §. 17 ff.

(*b*) fr. 1. §. 1. 2. D. 2. 14.

(*c*) Mit Ausnahme des Erbrechts, welches nach Röm. Rechte nicht durch Vertrag begründet werden kann. S. unten §. 610.

(*d*) Der Unterschied zwischen Verträgen, wodurch Obligationen, und solchen, wodurch andere Rechtsverhältnisse begründet werden, wird verworfen von Roßhirt in seiner Zeitschr. H. 2. S. 210.

(*e*) fr. 1. §. 2. 3. D. 2. 14. — fr. 3. pr. D. 50. 12.

(*f*) Z. B. „Rogavit Titius, spopondit Mevius.“ fr. 7. §. 12. D. 2. 14.

§. 354.

II. Tractaten, Pollicitation und Gelübde.

Verschieden vom Vertrage sind: 1. die Tractaten oder die vorläufigen Unterhandlungen über den Gegenstand des Vertrags und die näheren Bestimmungen desselben. Diese sind, so lange der Vertrag noch nicht zum Abschlusse gekommen ist, nicht verbindlich (*a*). 2. Die Pollicitation, worunter man überhaupt ein nicht acceptirtes Versprechen versteht (*b*). Ein solches ist der Regel nach unverbindlich. Ausnahmen treten ein: a) wenn Jemand einer Stadt etwas verspricht, wo er und sein Erbe, wenn es aus einem besonderen, wirklich eingetretenen oder nachher wirklich eintretenden, Grunde geschah, schlechthin, wenn es aber ohne besondern Grund geschah, nur dann verpflichtet wird, wenn er mit der Erfüllung bereits den Anfang gemacht hat (*c*); b) bei dem Gelübde (votum) oder einem aus Pietät gemachten einseitigen Ver-

sprechen einer gewissen Leistung zu einem frommen Zwecke. Ein solches war schon nach Römischem Rechte, selbst für den Erben des Gelobenden, verbindlich, wenn es nur äußerlich abgelegt war (*d*). c) Nach dem neueren Römischen Rechte, wenn es sich um die Constituirung einer *dos* handelt (§. 520).

(*a*) Dahin gehört auch die Punctation oder der vorläufige schriftliche Entwurf eines Vertrages. S. darüber: const. 17. C. 4. 21. — W. H. Puchta Handb. des gerichtl. Verf. in Sachen der freiw. Gerichtsbarkeit. 2te Ausg. Erlang. 1831. Th. 1. §. 79–82.

(*b*) fr. 3. pr. D. 50. 12. — Chr. Henr. Barth (Pr. Dan. Nettelbladt) de pollicitatione. Halae 1779. — A. Wichers Diss. de romano pollicitationum iure. Gröning. 1805. — v. Bülow Abh. Th. 1. Nr. 11.

(*c*) fr. 1. §. 1. 2. fr. 3. pr. fr. 6. pr. fr. 9. fr. 14. D. 50. 12. Persönliche Gegenwart des Pollicitanten ist übrigens in diesen Fällen zur Giltigkeit der Pollicitation nicht erforderlich. Marezoll in s. und Linde's Zeitschr. B. 1. S. 370.

(*d*) fr. 2. D. 50. 12. — Nach canonischem Rechte ist auch das blos innerlich abgelegte Gelübde, als ein Gott geleistetes Versprechen, verpflichtend. c. 1. 3. C. 17. qu. 1. — cap. 3. 6. X. 3. 34. — cap. 18. X. 3. 39. — Walter Kirchenrecht §. 360. Immer aber wird vorausgesetzt, daß es auf einen erlaubten Gegenstand gerichtet und freiwillig von einer Person gethan ist, die sich rechtlich verpflichten kann. c. 1. 5 10. 12. 13. 15. C. 22. qu. 4. — cap. 1. X. 1. 40. — c. 14. C. 32. qu. 2.

§. 355.

III. Erfordernisse eines Vertrages. A. Ueberhaupt.

Jeder Vertrag, wodurch sich Einer dem Andern zu einer bestimmten Leistung verpflichtet, ist ein rechtliches Geschäft. Die allgemeinen Grundsätze von den rechtlichen Geschäften überhaupt, welche oben §. 159–175 vorgetragen worden sind, finden daher auch bei Verträgen Anwendung. Insbesondere aber ist zu einem Vertrage die Uebereinstimmung des Willens oder gegenseitige Einwilligung der Contrahenten erforderlich (*a*). Wer daher nicht einwilligen kann, der ist auch unfähig, einen Vertrag einzugehen, und wer zur Eingehung eines rechtlichen Geschäfts der Auctorität des Tutors oder der Einwilligung des Curators bedarf, der hat diese auch zur Abschließung eines Vertrages nöthig (*b*).

(*a*) fr. 1. §. 2. 3. D. 2. 14. — fr. 3. pr. D. 50. 12.

(*b*) Vergl. Weber von der natürlichen Verbindlichkeit §. 71–73.

§. 356.

B. Mängel der Willensbestimmung. 1. Betrug.

Die Einwilligung der Paciscenten muß auch frei und im Ernste gemeint sein (§. 164). Zu den Mängeln der Willensbestimmung gehört: A. Der Betrug (*a*). Ist der Irrthum, der durch Betrug veranlaßt oder erhalten wird, nicht von der Art, daß er auch, abgesehen von dem Betrug, den Vertrag nichtig macht (§. 358), so muß man unterscheiden: 1. Hat ein Paciscent den andern betrogen, so steht diesem, wenn der Vertrag noch nicht erfüllt ist, eine Einrede, und ist er bereits erfüllt, eine Klage zu Gebot, deren Natur davon abhängt, ob der Vertrag zu den stricti iuris oder zu den bonae fidei negotia gehört. (S. darüber oben §. 205 *b*.) 2. Haben sich beide Paciscenten gegenseitig betrogen, so ist die Einrede gegen die auf Erfüllung gerichtete

Klage eben so zulässig, wie wenn nur der Kläger den Beklagten betrogen hätte (*b*); dagegen kann hier keine Klage auf Rescission oder auf Schadenersatz wegen des Betrugs von einem der beiden Paciscenten gegen den andern mit Erfolg angestellt werden (*c*). 3. Ist endlich der Betrug von einem Dritten begangen worden, so kann der dadurch verletzte Contrahent, wenn ihm kein anderes Rechtsmittel zu Gebote steht (*d*), die actio doli gegen den Betrüger anstellen (*e*).

(*a*) C. Noodt de forma emendandi doli mali; in opp. I. p. 350 seq. — Jo. Hartw. Reuter (Praes. Dan. Nettelbladt) diss. de doli incidentis et causam dantis in contractib. effectu. Hal. 1744. (auch in Nettelbladt exerc. acad. Nr. 3.) — Carl Ad. Braun vom Betruge in Verträgen; in den Erlang. gel. Anz. v. J. 1752. nr. 5. — Chr. Gmelin von den Folgen des Betrugs bei Verträgen; in dessen gemeinnützigen Beobachtungen und Rechtsfällen. B. 2. nr. 13. — Glück Comm. B. 4. S. 108 ff. — L. J. Neustetel bonae fidei negotia dolo inita non esse nulla. Heidelb. 1818. — v Wening-Ingenheim Civilr. §. 228. — Valett prakt. theor. Abh. B. 1. Nr. 2. — Burchardi Wiedereins. in den vorigen Stand. S. 323 ff. — Koch Recht der Ford. B. 2. S. 102 ff. — Unterholzner Schuldverh. B. 1. S. 179 ff. — Roßhirt in s. Zeitschr. B. 5. S. 205 ff. — v. Vangerow §. 605. Anm. 1. — v. Savigny Syst. §. 332. B. 7. S. 198 ff.

(*b*) Gegen die exceptio doli ist keine replicatio doli zulässig. fr. 4. §. 13. D. 44. 4. — fr. 154. pr. D. 50. 17. Vergl. fr. 57. §. 3. D. 18. 1 und Neustetel c. 10.

(*c*) fr. 36. D. 4. 3.

(*d*) Zuweilen hat er ein solches gegen den andern Contrahenten. S. z. B. fr. 18. §. 3. D. ibid. — Vergl. Bernh. Jos. Reulbach de dolo tertii ejusque effectu. Heidelb. 1812.

(*e*) fr. 1. §. 8. fr. 2–8. fr. 9. §. 1. fr. 19. fr. 40. D. 4. 2.

§. 357.

2. Zwang.

B. Der Zwang (§. 167 und §. 205 *a*.). Auch durch ihn wird ein Vertrag nicht ipso iure nichtig. Allein der Gezwungene kann sich nicht blos gegen die Klage aus dem Vertrage durch eine Einrede schützen, sondern auch auf verschiedene Weise klagend auftreten, und dabei kömmt es nicht darauf an, ob der Zwang von dem Paciscenten oder von einem Dritten ausgegangen ist (*a*). Das Nähere ist schon oben im §. 205 *a*. angegeben (*b*).

(*a*) Vorausgesetzt, daß der Dritte den Zwang in der Absicht anwendete, um den Vertrag herbei zu führen; denn im entgegengesetzten Falle hat er auf die Wirkung des Vertrags keinen Einfluß. fr. 9. §. 1. in f. D. 4. 2.

(*b*) Zur Literatur dieser Lehre gehört jetzt auch: A. Schliemann die Lehre vom Zwange. Rost. 1861. (Darüber: E. J. Bekker in Pözl's krit. Vierteljahrsschrift B. 3. S. 161 ff. — B. Arons in Schletter's Jahrb. B. 8. S. 9 ff.)

§. 358.

3. Irrthum.

C. Der Irrthum (§. 165). Betrifft dieser 1. einen wesentlichen Umstand, so daß er den Consens verhindert, so macht er den Vertrag ungiltig (*a*). Dahin gehört der Irrthum in Ansehung der Sache, welche den Gegenstand des Vertrags ausmacht, oder in wesentlich nothwendigen Eigenschaften derselben (*b*); der Irrthum in Ansehung der Art des Vertrags (*c*); in der Regel der Irrthum in Ansehung der Person der Paciscenten (*d*); der Irrthum in Ansehung des Preises, jedoch nur dann, wenn der, welcher den Preis zahlen soll, weniger bietet, als der Andere glaubt (*e*).

2. Betrifft der Irrthum nur Nebendinge, so macht er den Vertrag nicht nichtig, aber er hat zuweilen Einfluß auf die Wirkungen desselben (*f*). 3. Der Irrthum, der nicht den Inhalt des Vertrages, sondern nur die Beweggründe dazu betrifft, hat gar keinen Einfluß auf den Vertrag (*ff*), wenn nicht durch Hinzufügung einer Bedingung ein anderes Resultat herbeigeführt wird, oder der eine Contrahent das Geschäft in dem Glauben geschlossen hat, er sei zur Abschließung desselben rechtlich verpflichtet (*g*), oder endlich der andere Contrahent den Irrthum durch Betrug herbeigeführt oder erhalten hat (§. 356).

(*a*) fr. 57. D. 44. 7. — Thibaut Versuche B. 2. nr. 4. — G. L. Kern de errore contrahentium. Gött. 1806. — Paul Ludolph Kritz de erroris facti in emtione venditione effectibus. Lips. 1813. — Carl Valett Abhandl. (Gött. 1824.) Nr. 5. — E. Hoffmann in s. und F. Fuhr's civ. Vers. Nr. 7. — Henr. Richelmann de facti errore in conventionib. Gött. 1832, umgearbeitet in Dessen Einfluß des Irrthums auf Verträge. Hann. 1837. — v. Savigny Syst. B. 3. S. 263 ff. — Koch Recht der Ford. B. 2. S. 115 ff. — Unterholzner Schuldverh. B. 1. S. 57 ff. — v. Vangerow §. 604.

(*b*) fr. 137. §. 1. D. 45. 1. Vergl. fr. 9. pr. §. 2. fr. 14. fr. 15. pr. fr. 16. pr. fr. 22. fr. 23. fr. 57. pr. D. 18. 1.

(*c*) fr. 57. D. 44. 7. — fr. 18. pr. §. 1. D. 12. 1. — fr. 36. D. 41. 1.

(*d*) fr. 32. D. 12. 1. — arg. fr. 9. pr. D. 28. 5. — fr. 72. §. 6. D. 35. 1. — const. 4. C. 6. 24.

(*e*) fr. 9. pr. D. 18. 1. — fr. 52. D. 19. 2. — arg. fr. 1. §. 4. fr. 83. §. 1. D. 45. 1.

(*f*) Z. B. fr. 40. §. 2. D. 18. 1. Vergl. fr. 34. pr. fr. 57. pr. D. ibid. — fr. 42. D. 19. 1.

(*ff*) fr. 3. §. 7. D. 12. 4. — fr. 65. §. 2. fr. 52. D 12. 6 — fr. 18. §. 3. fr. 38 D. 4. 3. — fr. 49. D. 17. 1. — fr. 34. pr. D. 18. 1. — Thibaut a. a. O S. 114 ff. Entgegen sind auch nicht: fr. 9. pr. fr. 58. D. 18. 1. A. M.: Valett a. a. O. S. aber: Richelmann S. 36 ff. — Fritz Erläut. H. 3. (B. 2. H. 1.) S. 296 ff. — v. Savigny a. a. O. S. 112 ff. S. 354 ff. — v. Vangerow a. a. O.

(*g*) fr. 5. §. 1. D. 19. 1.

§. 359.

4. Simulation.

D. Die Simulation (§. 168). Haben beide Paciscenten (*a*): 1. blos den Schein angenommen, als ob sie paciscirten, ohne im Ernst einen Vertrag schließen zu wollen, so existirt gar kein Vertrag (*b*); haben sie hingegen 2. blos einen andern Vertrag zu schließen den Schein angenommen, als den sie wirklich zu schließen beabsichtigten, so ist das Geschäft nach den Grundsätzen des versteckten Vertrags zu beurtheilen (*c*). Dieser ist übrigens giltig, wenn alle Voraussetzungen eintreten, wozu aber auch gehört, daß er nicht verboten ist (*d*).

(*a*) Wenn nur ein Paciscent simulirt, während der andere aufrichtig handelt, oder wenn ein Dritter zum Nachtheil des einen Paciscenten simulirt, so ist die Simulation nach den Regeln vom Betruge zu behandeln. fr. 7. §. 9. D. 2. 14. — fr. 49. pr. D. 19. 1.

(*b*) fr. 55. D. 18. 1. „Nuda et imaginaria venditio pro non facta est.“ fr. 3. §. 2. fr. 54. D. 44. 7. — const. 21. C. 2. 4.

(*c*) „Plus valet, quod agitur, quam quod simulate concipitur.“ Cod. 4. 22. Vergl. fr. 36. 38. D. 18. 1.

(*d*) Z. B. fr. 5. §. 5. fr. 7. §. 6. fr. 32. §. 24. 25. D. 24. 1. — Car. Klien de negotiis simulatis modo efficacibus modo inefficacibus. Viteb. 1807. — Gesterding Irrth. der Rechtsgel. Nr. 8. — W. H. Puchta Handb. des gerichtl. Verf. in Sachen der freiw. Gerichtsbarkeit. 2. Ausg. §. 88—93. — v. Savigny Syst. §. 134. B. 3. S. 257 ff.

§. 360.

IV. Modalität des Vertrages.

Ein Vertrag kann, wie jedes andere rechtliche Geschäft, entweder pure, oder sub die, oder sub conditione abgeschlossen werden, und die Wirkung solcher Nebenbestimmungen ist alsdann ganz nach den allgemeinen Grundsätzen von denselben zu beurtheilen (§. 171 und 172). Wenn aber die Nebenbestimmung auf etwas Unmögliches geht, so macht 1. die affirmativ unmögliche (*) Bedingung, ohne Unterschied, ob sie physisch oder juristisch unmöglich ist, den Vertrag ungiltig (*a*), eben so auch die moralisch unmögliche, eine solche ist aber nicht gesetzt, wenn sich Jemand etwas hat versprechen lassen auf den Fall, daß sein Mitcontrahent eine gewisse unsittliche Handlung begehen werde (*aa*); 2. die negativ physisch unmögliche (*aaa*) Bedingung wird für nicht hinzugefügt gehalten (*b*), ebenso die negativ juristisch unmögliche (*bb*), die negativ moralisch unmögliche Bedingung dagegen macht den Vertrag ungiltig, nicht blos wenn sich Jemand etwas für den Fall versprechen läßt, daß der Promittent eine gewisse Unsittlichkeit unterlassen werde, sondern auch, wenn sich Jemand dafür etwas versprechen läßt, daß er selbst eine schändliche Handlung unterlasse (*c*).

(*) Dasselbe gilt auch von den Bedingungen, die man eigentlich unter negativ unmöglichen verstehen sollte, z. B. von der Bedingung: wenn Du nie sterben wirst. S. unten Note *aa*.

(*a*) §. 11. J. 3. 19. (20.) — fr. 1. §. 11. fr. 31. D. 44. 7. — fr. 26. fr. 35. §. 1. D. 45. 1.

(*aa*) fr. 50. D. 2. 14. — fr. 121. §. 1. D. 45. 1. — Thibaut System §. 125 und civ. Abhandl. S. 362. — v. Bülow Abhandl. Th. 1. Nr. 18.

(*aaa*) Mit diesem Ausdruck bezeichnet man nämlich die Bedingung: wenn das und das Unmögliche nicht geschehen wird, z. B. wenn Du das Meer nicht austrinken wirst. Solche Bedingungen würde man wohl besser nothwendige und zwar negative nothwendige Bedingungen nennen. Vergl. Note (*).

(*b*) §. 11. in f. J. cit. — fr. 7. D. 45. 1.

(*bb*) Z. B. wenn du nicht die väterliche Gewalt über deinen ältern Bruder erwerben wirst.

(*c*) fr. 7. §. 3. fr. 27. §. 3. 4. D 2. 14. — fr. 123. D. 45. 1.

§. 361.

V. Wirkung der Verträge.

Durch einen obligatorischen Vertrag werden nach Röm. Rechte (*) in der Regel nur die Paciscenten und deren Erben, nicht auch dritte Personen, berechtigt und verpflichtet (*a*). Dieser Grundsatz leidet indeß 1. theils insofern eine Ausnahme, daß die Wirkung eines Vertrags oft, wenn es entweder die besondere Natur desselben mit sich bringt, oder, wenn es ausdrücklich verabredet ist, sich blos auf die Person der Paciscenten beschränkt und nicht auch auf ihre Erben übergeht (*b*); 2. theils insofern, daß auch ein Dritter aus dem Vertrage zweier andern Personen berechtigt und verpflichtet werden kann, wenn ein besonderer Grund dazu vorhanden ist. Ein Recht kann ein Dritter besonders dann erlangen, wenn er den Promissar in seiner potestas (*c*) hat (*d*), und obligirt wird er namentlich alsdann, wenn ein Grund zu einer s. g. actio adjectitiae qualitatis gegen ihn vorhanden ist (*e*).

(*) Ueber die heutige Wirkung der durch Stellvertreter abgeschlossenen Verträge s. oben §. 178, Note *bb* und v. Vangerow §. 608. B. 3. S. 313 ff.

(*a*) „Inter alios acta aliis non nocent." Cod. 7. 60. — fr. 74. D. 50. 17. — const. 25. C. 2. 3. — const. 13. C. 8. 38. Vergl. fr. 59. 143. D. 50. 17. — fr. 52. §. 1. D. 2. 14. Auch die Rechte aus bedingten Verträgen gehen auf die Erben über.

fr. 8. pr. D. 18. 6. — fr. 57. D. 45. 1. — §. 4. J. 3. 15. (16.) — §. 25. J. 3. 19. (20.)

(*b*) Das erstere ist besonders bei denjenigen Verträgen der Fall, bei welchen es auf persönliche Fähigkeiten, oder auf persönliches Zutrauen ankommt, das letztere kann oft schon aus den Worten des Vertrags erhellen, z. B. fr. 52. §. 3. D. 2. 14. — Daß umgekehrt die Obligationen erst bei den Erben des Promittenten oder des Promissars beginnen soll, konnte früher nicht giltig ausgemacht werden. Justinian ändert dieses aber in const. 11. 15. C. 8. 38. — vergl. §. 13. J. 3. 19. (3. 20.) — und in const. un. C. 4. 11. (ut obligationes et ab heredibus et contra heredes incipiant.)

(*c*) Nach älterem Rechte auch dann, wenn er ihn in manu oder in mancipio hatte.

(*d*) Gaj. II. §. 86. 87. III. §. 163. — Inst. II. 9. III. 28. (29.) — §. 4. in f. J. 3. 19. (20.) — const. 1. 3. C. 5. 39.

(*e*) Tit. Inst. 4. 7. — Dig. lib. 14 et 15. — S. unten §. 478 ff.

§. 362.

VI. Arten der Verträge. A. Im Allgemeinen (*).

Die Verträge, wodurch Forderungen begründet werden (*a*), sind im Allgemeinen: A. entweder Hauptverträge, welche für sich bestehen, oder Nebenverträge, welche sich auf einen Hauptvertrag beziehen. Die letzteren sind 1. entweder solche, wodurch etwas von der allgemeinen rechtlichen Natur des Geschäftes Abweichendes festgesetzt wird (§. 426, 427), 2. oder ihr Zweck ist Sicherung der aus dem Hauptvertrage entspringenden Rechte, z. B. durch Bürgschaft. Die Giltigkeit der Nebenverträge ist immer durch das Dasein und die Wirksamkeit des Hauptvertrages bedingt, so daß sie mit diesem stehen und fallen (*b*). B. Die Verträge sind ferner entweder solche, wodurch nur einer der Paciscenten dem andern etwas verspricht, z. B. Schenkung, oder solche, aus denen für beide Theile gegenseitige Obligationen entstehen sollen, z. B. Kauf, Pacht und Miethe. Zu den ersteren gehören auch diejenigen bonae fidei contractus (*bb*), bei welchen der Contrahent, der sich nur etwas hat versprechen lassen, unter Umständen auch etwas leisten muß, und darauf mit einer Klage aus dem Contract belangt werden kann, welche contraria actio genannt wird, im Gegensatze von directa actio, d. h. der gewöhnlichen Klage, die auf Erfüllung desjenigen geht, was durch den Vertrag zugesagt worden ist (*bbb*). Aus Verträgen, die auf beiderseitige Leistungen gehen, können beide Theile mit directae actiones klagen. Von diesen Verträgen sind hier besonders folgende allgemeine Regeln zu bemerken: 1. Es kann daraus der Regel nach immer nur auf Erfüllung geklagt werden, und kein Theil darf einseitig zurücktreten, wenn auch der andere seine Verbindlichkeit noch nicht erfüllt haben sollte (*c*), ausgenommen, wenn dieß ausdrücklich verabredet worden ist (*d*), wenn sich der eine oder der andere Theil die Reue vorbehalten hat (*e*), oder wenn die Erfüllung nach eingetretener mora des Schuldners den Umständen nach dem Gläubiger nichts mehr nützen würde (*f*). 2. Ist über die Ordnung, in welcher die beiderseitigen Leistungen zu machen sind, durch die Natur des Vertrages (*ff*), oder durch ausdrückliche Bestimmung etwas festgesetzt, so muß dieses natürlich beobachtet werden. Sonst aber erscheint es als unbillig, wenn ein Theil auf Erfüllung klagt, der selbst noch nicht erfüllt hat. Einer solchen Klage steht daher eine exceptio entgegen, die man gewöhnlich exceptio non adimpleti contractus nennt (*g*). Die Beweislast richtet sich hier nach den allgemeinen Regeln, die bei Exceptionen überhaupt entscheiden. Wenn nämlich die Entstehung der Forderung, die der Beklagte durch den Vertrag, aus welchem er belangt wird, erworben haben will, ganz

oder theilweise geleugnet wird, so hat der Beklagte dieselbe zu beweisen; behauptet dagegen der Kläger, diese Forderung habe durch Zahlung oder auf andere Weise aufgehört, so muß der Kläger dieses beweisen *(h)*.

(*) Ignaz Rudhart über systematische Eintheilung und Stellung der Verträge. Nürnberg 1811. — v. der Pfordten Abh. Nr. 3 und besonders Nr. 4. (Darüber: Rudorff in Richter's Jahrb. Jahrg. 6. B. 11. S. 23—31.)

(*a*) Ueber die Verträge, wodurch Forderungen aufgehoben werden, s. unten §. 493 ff. und besonders 496—498.

(*b*) fr. 16. pr. fr. 32. fr. 46. D. 46. 1. — fr. 2. D. 20. 3. — fr. 6. pr. D. 20. 6. — fr. 9. fr. 13. pr. D. 13. 7. — const. 1. 2. C. 8. 33.

(*bb*) Bei einigen Quasicontracten kommt dasselbe vor. §. 1. 2. J. 3. 27. (3. 28.)

(*bbb*) fr. 17. §. 1. fr. 18. §. 4. D. 13. 6. — fr. 16. §. 1. D. 13. 7.

(*c*) const. 5. C. 4. 10. — const. 3. C. 4. 44. — const. 17. C. 2. 4. — const. 2. C. 4. 45.

(*d*) fr. 51. §. 1. D. 19. 1. — Dig. 18. 3. — Cod. 4. 54.

(*e*) fr. 35. pr. D. 18. 1.

(*f*) const. 6. C. 4. 54. Ueber eine vierte Ausnahme, die das Römische Recht zuläßt, s. unten §. 410.

(*ff*) Dies ist z. B. bei der Miethe der Fall. fr. 24. §. 2. D. 19. 2.

(*g*) GAJ. IV. §. 126. — fr. 13. §. 8. fr. 25. D. 19. 1. — fr. 5. §. 4. D. 44. 4. — const. 21. C. 2. 3. — const. 5. C. 8. 45. — Da die Klage immer eine bonae fidei actio ist, so gehört die Einrede zu den exceptiones, quae ipso iure insunt actioni (§. 200 Note *e*.). Nicht für eine exceptio, sondern für eine verneinende Einlassung auf die Klage, halten sie: JO. FRID. WAHL Diss. de natura et indole exceptionis implementi non secuti seu pacti et contractus non impleti. Gölting. 1751. — Weber von der Beweisführung Cap. 6. nr. 11 und 27. — Borst über die Beweislast §. 79. — von Bülow u. Hagemann praktische Erörterungen B. 1. Nr. 23. — Dagegen: Heerwart im Arch. für civ. Pr. B. 7. S. 335. A. M. wieder: Alex. Lange über die Einrede des nicht erfüllten Contracts. Regensburg 1829. — JUL. VOLKMANN de exceptione non impleti contractus. Lips. 1829. — Schenck im Arch. für civ. Pr. B. 17. S. 93 ff. S. 242 ff. B. 20. S. 427 ff. — Treitschke ebendas. B. 22. S. 278 ff. — Sintenis in Linde's Zeitschr. B. 16. S. 254 ff. B. 17. S. 253 ff. — STEINFELD de defensione rei ex fundamento contractus non adimpleti oriunda. Marb. 1841. p. 39 seq. Dagegen wieder: Heerwart im Arch. für civil. Praxis. B. 14. S. 206. B. 18. S. 387 ff. — Brandis in Schunck's Jahrb. B. 17. S. 192 und in Linde's Zeitschr. B. 7. S. 135 ff. — Roßhirt in seiner Zeitschr. B. 2. S. 349 ff. — Bethmann-Hollweg Vers. S. 343 ff. — Heffter zu Weber S. 287 ff. — Albrecht Except. S. 189 ff. — Fritz Erläut. H. 3. (B. 2. H. 1.) S. 147 ff. — v. Savigny Syst. B. 5. S. 289. — Schmid Handb. des gem. d. Civilproc. B. 2. S. 6 ff. — v. Vangerow §. 607. — Dernburg Compensat. S. 81 ff. — Bähr Anerkennung S. 92. S. 174 ff. A. M. v. Keller in Bekker's u. Muther's Jahrb. B. 4. Nr. 11 u. in s. Pand. §. 243. Dagegen: W. A. Puchta das. B. 5. Nr. 5.; und über beide: Bekker ebendas. Nr. 6.

(*h*) S. die in der Note *g* angef. Literatur.

§. 363. a.

B. Nach dem Röm. Rechte insbesondere. 1. Contractus und pacta.

Besonders wichtig im Römischen Rechte war die Eintheilung der Verträge in contractus und pacta. Die ersteren waren solche Verträge, wodurch schon nach dem älteren Civilrechte eine obligatio und actio begründet wurde *(a)*. Alle übrigen Verträge hießen pacta. Diese begründeten in der Regel keine klagbare obligatio *(b)*. Einigen pactis wurde indeß in der Folge Klagbarkeit beigelegt, wodurch sie mit den contractus gleiche Kraft und Wirksamkeit erhielten (§. 364). Auf diese Römische Eintheilung der Verträge in contractus und pacta kommt zwar heut zu Tage nichts mehr an, indem bei uns jeder erlaubte und an sich giltige obligatorische Vertrag eine obligatio und actio begründet (*c*), allein bei der Darstellung des Römischen Rechtes muß sie doch noch immer zum Grunde gelegt werden (*d*).

(*a*) fr. 7. pr. §. 1—4. D. 2. 14.
(*b*) fr. 7. §. 4. D. ibid. Uebrigens s. unten §. 425, Note *b*.
(*c*) Wie auch schon nach Canonischem Rechte. cap. I. 3. X. 1. 35.
(*d*) J. G. Langsdorf Tract. de pactis et contractibus Romanorum et de vero huius doctrinae nexu atque systemate ex idiomate Romano. Mannh. 1772. (Im Auszuge und mit Anmerkungen begleitet von Hugo, in dessen civil. Mag. B. 1. nr. 18.) — Weber von der natürl. Verbindlichkeit §. 83—85. — Ludw. Friedr. Griesinger von der Verbindlichkeit der Verträge. Tübingen 1793. — von Batz über die heutige Anwendung der Römischen Contractslehre; im Arch. für die civil. Pr. B. 3. nr. 1. — M. Jaeger Diss. de origine et progressu discriminis contractuum atque pactorum apud Romanos. Francof. a. M. 1827. — Carl Schmitthenner über Verträge insbesondere das Neuerecht nach Röm. und deutschen Grunds. Gießen 1831. — v. Buchholtz jur. Abh. N. 22. — Roßhirt in s. Zeitschr. B. 3. S. 153 ff. B. 4. S. 1 ff. — v. der Pfordten a. a. O. Nr. 3. — Liebe in Linde's Zeitschr. B. 15. S. 63 ff. S. 192 ff. — Unterholzner Schuldverh. B. 1. S. 25 ff. — v. Savigny's Obl.-R. B. 2. §. 72—78.

§. 363. b.

2. Uebersicht der klagbaren Verträge nach Röm. Recht.

Das Römische Recht erforderte zu der Entstehung einer vollgiltigen Obligation aus einem Vertrage der Regel nach eine gewisse äußere Form des Vertrags. Diese Form bestand in der Einkleidung in gewisse mündlich herzusagende Worte (verbis contrahitur obligatio). Von jener Regel gab es aber auch Ausnahmen. Es gab nämlich schon von Alters her 1. Fälle, in welchen eine gewisse schriftliche Form die Stelle jener mündlichen vertreten konnte (literis contrahitur obligatio); ferner gab es 2. gewisse Verträge, welche von aller Form befreit waren. Dahin gehörten: a) die obligationes, quae solo consensu contrahuntur, bei denen zur Begründung der obligatio et actio die bloße Uebereinstimmung der Paciscenten für hinreichend gehalten wurde; b) die obligationes, quae re contrahuntur, bei denen die erwähnte Form dadurch ersetzt wurde, daß von dem einen Contrahenten dem andern schon etwas gegeben war, was dieser ihm später in Natur oder in gleicher Quantität und Qualität wiedergeben sollte (*a*). Diese formlosen Contracte waren, mit Ausnahme des mutui, contractus bonae fidei, während die formellen immer contractus stricti iuris waren (*b*). 3. Die Zahl der formlosen Contracte wurde bedeutend vergrößert durch die Einführung der praescriptis verbis actio. Die neuen Contracte, welche diese bonae fidei actio erzeugten, hatten insofern Aehnlichkeit mit den Fällen, in welchen re contrahitur obligatio, als die neue Klage nur dann angestellt werden konnte, wenn der Kläger dem Beklagten etwas hingegeben oder sonst geleistet hatte, was ihm nach der Uebereinkunft wieder gegeben oder wofür ihm etwas anderes geleistet werden sollte. Man bezeichnet sie gewöhnlich als ungenannte Contracte (*c*). Dazu kamen 4. diejenigen pacta, welche im Laufe der Zeit ausnahmsweise (§. 363 *a*.) als klagbar anerkannt wurden, und dahin gehörten: a) die pacta contractui bonae fidei adiecta (§. 426, 427); b) die s. g. pacta praetoria und c) die s. g. pacta legitima (§. 428 ff.). Dagegen fiel 5. in dem neueren Römischen Rechte die literarum obligatio ganz hinweg (*d*).

(*a*) §. 2. J. 3. 13. (14.) Vergl. fr. 52. D. 44. 7. — Gajus III. §. 89. 90.
(*b*) Ueber den Unterschied zwischen obligationes et actiones stricti iuris et bonae fide sehe man oben §. 197 a.
(*c*) S. darüber §. 409 ff.
(*d*) S. unten Tit. 1. Nr. IV.

Erster Titel.

Von den Contracten.

§. 364.

Gattungen der Contracte.

Nach der Verschiedenheit des Grundes ihrer Klagbarkeit (*a*) werden im Römischen Rechte vier Arten von Contracten unterschieden: obligationum, quae ex contractu nascuntur, quatuor genera sunt: aut enim re contrahuntur, aut verbis, aut literis, aut consensu (*b*). Diese Unterscheidung in den Römischen Rechtsquellen bezieht sich nur auf die s. g. genannten Contracte, heut zu Tage bezieht man sie aber gewöhnlich auf alle Contracte, indem man den Begriff von obligationes, quae re contrahuntur, einen solchen Umfang gibt, daß auch die aus Innominatcontracten entspringenden darunter subsumirt werden können.

(*a*) Gewöhnlich lehrt man: das, was einen Vertrag zum Contract mache, also der Grund seiner Klagbarkeit, heiße bei den Römern technisch causa civilis, und beruft sich auf fr. 7. pr. §. 1—4. D. 2 14. Allein die in diesen Stellen mehrmals erwähnte causa bedeutet höchstens dasjenige, was einen materiellen Contract zum Contract macht, v. Savigny §. 72., und wahrscheinlich bezieht sie sich nur auf die Innominatcontracte. Ueber andere Stellen, die man zuweilen für diesen Sprachgebrauch anführt, s. Schilling Lehrb. B. 3. §. 250. Note *e*.

(*b*) Gajus III. §. 89. — §. 2. J. 3. 13. (14.) — fr. 52. D. 44. 7.

I. Obligationes, quae consensu contrahuntur.

§. 365.

Begriff und Arten derselben.

Zu denjenigen Verträgen, bei denen zur Begründung der obligatio und actio nichts weiter erforderlich ist, als die bloße Uebereinstimmung der Contrahenten, wo also obligatio consensu contrahitur, gehören der Kaufcontract, der Mieth- und Pachtcontract, der emphyteutische Contract, der Gesellschaftsvertrag und der Bevollmächtigungsvertrag (*a*). Die Neuern nennen diese Verträge Consensualcontracte.

(*a*) Gajus III. §. 135—137. — Inst. III. 22. (23.) — Donelli comm. iur. civ. Lib. 12. c. 10. — Jo. d'Avezan contractuum libri II. in Meermani thes. T. 4. p. 1. 75.

§. 366.

1. Kaufcontract. A. Begriff desselben.

Der Kaufcontract (emtio et venditio) ist derjenige Contract, wodurch Jemand einem Andern gegen eine von diesem zu zahlende Geldsumme irgend ein Vermögensrecht zu übertragen oder einzuräumen verspricht. Jener heißt der Verkäufer (venditor), dieser der Käufer (emtor) (*a*).

(*a*) Gajus III. 139. 141. — Paulus II. 17. — Inst. III. 23. (24.) — Dig. XVIII. 1. 6. XIX. 1. — Cod. Theod. III. 1. — Cod. Just. 4. 38. 40. 44—54. — Fragm. Vaticana tit. ex emto et vendito. — Donelli Comm. iur. civ. Lib. 13.

c. 1—5. — Ernst Chr. Westphal Lehre des gemeinen Rechts vom Kauf-, Pacht- Mieth- und Erbzinscontract, von der Cession, auch der Gewährung des Eigenthums und der Mängel. Leipzig 1789. — Glück Comm. Th. 16. und 17. §. 972—989. — Leonard de Selliers Spec. de contrahenda emtione venditione sec. ius Romanum. Bruxell. 1826. — Bucher Recht der Ford. §. 58—67. — W. H. Puchta Handb. des gerichtl. Verf. in Sachen der freiwill. Gerichtsbarkeit. 2te Ausg. Th. 2. §. 135—148. — P. L. Kritz Pandektenr. Th. 1. B. 3 — Unterholzner Schuldverh. B. 2. S. 217 ff. — Koch Recht der Ford. B. 3. S. 602 ff. — Molitor les obligations. T. 2. p. 1 seq. Vergl auch: Treitschke d. Kaufcontr. in besonderer Beziehung auf den Waarenhandel. Leipz. 1838. — Thöl Handelsrecht B. 1. §. 63 ff. — Rechtslexicon B. 6. S. 10 ff.

§. 367.

B. Gegenstand desselben.

Zu den Gegenständen des Kaufcontracts gehört die Sache, welche verkauft, und der Preis, welcher dafür ausbedungen wird. A. Die Sache muß im Verkehr sein (*a*). Unter dieser Voraussetzung können verkauft werden: 1. sowohl körperliche als unkörperliche Sachen, und zwar, was die letztern betrifft, sowohl dingliche Rechte (*aa*), als Forderungen (*b*); 2. sowohl einzelne Sachen, als universitates rerum (*c*); 3. sowohl gegenwärtige als zukünftige Sachen. Sind die letztern von der Art, daß ihr Gewinn entweder blos vom Zufalle abhängt, wie z. B. bei einem Fischzuge, oder auch sonst nur ungewiß ist, wie z. B. bei künftigen Früchten, so kommt es darauf an, wie der Contract geschlossen ist, ob nämlich die Contrahenten ausgemacht haben, der Kaufpreis solle sich nach der Quantität des erzielten Gewinnes richten, oder schlechthin bezahlt werden. Im ersten Falle ist eine emtio rei speratae, im zweiten Falle eine emtio spei vorhanden, und in diesem letztern Falle müssen sich beide Theile den Ausfall schlechthin gefallen lassen (*d*). B. Der Kaufpreis muß 1. in einer absolut oder relativ bestimmten Summe baaren Geldes bestehen (certum) (*e*) und 2. im Ernste gemeint (verum) sein (*f*). Daß er auch dem wahren Werthe der Sache angemessen (iustum) sei, ist zur Giltigkeit des Vertrages in der Regel nicht erforderlich (*g*).

(*a*) fr. 34. §. 1. D. 18. 1. Eine Ausnahme in: §. 5. J. 3. 23. (24.) — fr. 4. 5. 70. D. 18. 1. Der Verkauf einer fremden, d. h. dem Verkäufer nicht gehörenden, Sache begründet wenigstens ein obligatorisches Verhältniß unter den Contrahenten selbst. fr. 28. D. ibid. Vergl. unten §. 370. Eine Ausnahme enthält fr. 34. §. 3. ibid.

(*aa*) Z. B. Servituten, fr. 80. §. 1. D. ibid.

(*b*) Dig. 18. 4. — Cod. 4. 39. — S. oben §. 333. — Puchta a. a. O. §. 151.

(*c*) Z. B. eine Erbschaft. Dig. 18. 4. — Cod. 4. 39. — Bucher Recht der Ford. §. 68. — Glück Comm. Th. 16. §. 1013—24.

(*d*) fr. 8. §. 1. fr. 39. §. 1. fr. 78. §. 3. D. 18. 1. — fr. 11. §. 18 in fin. fr. 12. D. 19. 1. — Glück Comm. Th. 4. S. 194. Th. 16. S. 32.

(*e*) §. 1. 2. J. 3. 23. (24.) — fr. 1. pr. D. 19. 4. — fr. 7. §. 1. D. 18. 1.

(*f*) fr. 36. D. 18. 1. — const. 8. C. 4. 38. — fr. 46. D. 19. 2. — fr. 66. D. 23. 3.

(*g*) fr. 16. §. 4. D. 4. 4. — fr. 22 §. 3. D. 19. 2. — Vergl. C. Jopke Diss. de pretio in emtione. Traj. ad Rh. 1828.

§. 368.

C. Perfection desselben.

Der Kaufcontract ist perfect und die gegenseitigen Obligationen aus demselben sind begründet, sobald Uebereinstimmung beider Theile über Sache und Preis vorhanden ist, und es ist zur Perfection desselben, wie aller anderen Consensual-Contracte, keine Scriptur erforderlich (*a*), ausgenommen: 1. wenn ausdrücklich verabredet ist, ihn schriftlich abzufassen, wo er erst durch die Un-

terschrift der Parteien perfect wird (*b*); 2. wenn Sachen, die man vorher zu kosten pflegt, ad gustum verkauft sind, wo der Contract erst dann perfect ist, wenn der Käufer sie gekostet und annehmlich gefunden hat (*c*).

(*a*) fr. 38. D. 44. 7. — C. Grousse Diss. de contrahenda emtione et venditione ex iure Romano. Lovan. 1824. — Ueber den Zeitpunkt der Giltigkeit eines unter Abwesenden geschlossenen Vertrags s. man: Wening im Arch. für civ. Prax. B. 2. Nr. 25. — Hasse im Rhein. Museum. B. 2. S. 371 ff. — v. Scheurl Beitr. B. 1. Nr. 12. — Ders. in v. Gerber's u. Jhering's Jahrb. B. 2. Nr. 5. — Bekker in s. u. Muther's Jahrb. B. 2. Nr. 11. B. 3. Nr. IV. I. u. XI.

(*b*) pr. J. 3. 23. (24.) — fr. 1. §. 2 D. 18. 1. — fr. 2. D. 44. 7. — const. 4. C. 4. 48. Vergl. const. 17. C. 4. 21. S. übrigens auch: Schrader ad pr. J. cit. — v. Savigny Obl.-R. B. 2. S. 243.

(*c*) fr. 34. §. 5. D. 18. 1. — fr. 4. pr. §. 1. D. 18. 6. — Schöman Handb. des Civilr. B. 2. S. 216. — J. C. Gensler Pr. de emtione venditione, quae fit ad mensuram, ad numerationem pondusve vel ad gustum, capita nonnulla scrutans. Jenae 1814. Auch übersetzt in Barth's Dissertationensamml. B. 1. S. 157 ff. — Glück Comm. Th. 16. §. 981. Th. 17. §. 1036. — Heise und Cropp jurist. Abh. B. 1. Nr. 12. 13. — Thöl Handelsrecht §. 71. — Goldschmidt in sein. Zeitschrift f. Handelsrecht B. 1. S. 66 ff. S. 262 ff. — Fitting in ders. Zeitschr. B. 2. S. 203 ff. — Unger ebendas. B. 3. S. 386 ff. — Brackenhöft in Linde's Zeitschr. n. F. B. 17. S. 305 ff. — Fitting in Goldschmidt's Zeitschr. B. 5. S. 79 ff.

§. 369.

D. Wirkung desselben: 1. in Beziehung auf die Gefahr und das Eigenthum der verkauften Sache.

Sobald der Kaufcontract perfect geworden ist, geht 1. die Gefahr der verkauften Sache (periculum rei), aber auch aller Vortheil derselben (commodum rei), er entstehe aus ihr selbst oder komme von außen zu derselben hinzu, wenn nichts Anderes verabredet ist, von dem Verkäufer auf den Käufer über (*a*). Diese Regel leidet indeß folgende Ausnahmen (*aa*): a) wenn vertretbare Sachen nach Maß, Zahl oder Gewicht verkauft worden sind, so geht das periculum nicht eher auf den Käufer über, als bis ihm die Sachen zugemessen, zugezählt oder zugewogen worden sind (*aaa*). Sind dagegen vertretbare Sachen in Bausch und Bogen (per aversionem) verkauft, so geht das periculum sofort vom Augenblicke des abgeschlossenen Handels auf den Käufer über (*b*). b) Wenn der Kaufcontract sub conditione geschlossen ist, so geht das volle periculum erst mit dem Eintritt der Bedingung auf den Käufer über. Geht die Sache pendente conditione durch Zufall ganz zu Grunde, so ist dieß Schaden des Verkäufers, wird sie aber blos deteriorirt, so muß der Käufer den Schaden tragen, wenn die Bedingung nachher eintritt (*c*). Dieß gilt auch für den Fall, wo der Kaufcontract so geschlossen ist, daß ein Dritter den Kaufpreis bestimmen soll, indem dieß als Bedingung anzusehen ist (*d*). c) Wenn mehrere Sachen alternativ verkauft sind, so bleibt das periculum derselben bis zur erfolgten Wahl bei dem Verkäufer, gehen sie aber vor der Wahl sämmtlich zu Grunde, so trifft der zufällige Untergang der letzten den Käufer (*e*). 2. Das Eigenthum der gekauften Sache erwirbt der Käufer erst durch die Tradition derselben und nach Bezahlung des Kaufpreises, es wäre denn, daß auf Credit gehandelt worden wäre, wo das Eigenthum sogleich mit der Tradition übergeht (*f*).

(*a*) §. 3. J. 3. 23. (24.) — Dig. 18. 6. — Cod. 4. 48. — J. de Hein de periculo et commodo rei venditae et traditae sec. ius Rom. L. B. 1824. — Glück Comm. Th. 17. §. 1033–38. — Gensler im Arch. für civ. Prax. B. 1. Nr. 30 u. 35. — Jhering Abhandl. Nr. 1. — F. Mommsen Beitr. zum Obl.-R. Bd. 1. S. 329 ff. Erört. aus dem O.-R. H. 1. S. 109 ff. — Jhering in s. Jahrb. B. 3. Nr. 7. B. 4. Nr. 5. — Bekker in s. u. Muther's Jahrb. B. 5. Nr. 17.

(*aa*) In diesen Ausnahmsfällen wird der Kauf auch nicht sogleich perfect im engern Sinne dieses Wortes. Denn emtio perfecta im engern Sinne heißt nur der Kauf, in Folge dessen das periculum auf den Käufer übergeht. fr. 8. pr. D. 18. 6. — const. 1. C. 4. 48.

(*aaa*) Dieses gilt auch dann, wenn das Object völlig bestimmt und abgegrenzt ist, z. B. diese ganze Heerde, aller in diesem Fasse befindliche Wein, dieser ganze Haufen Getreide. A. M. mit manchen Andern: Kritz a. a. O. S. 72 ff. S. aber: Glück a. a. O. S. 174 ff. — v. Vangerow §. 635.

(*b*) fr. 35. §. 5—7. fr. 62. §. 2. D. 18. 1. — fr. 4. §. 1. 2. fr. 10. §. 1. D. 18. 6. — const. 2 C. 4. 48. — S. die oben §. 368. Note c. angef. Gensler u. Cropp. — J. A. Gruchot in Goldschmidt's Zeitschr. B. 3. S. 471 ff.

(*c*) fr. 8. pr. D. 18. 6. — fr. 7. pr. D. 18. 1.

(*d*) §. 1. J. 3. 23. (24.) — const. 15. C. 4. 38. Vergl. Gajus III. §. 140.

(*e*) fr. 34. §. 6. D. 18. 1. — fr. 95. pr. D. 46. 3. Vergl. unten §. 500.

(*f*) §. 41. J. 2. 1. — fr. 11. §. 2. D. 19. 1. — fr. 19. 53. D. 18. 1. — fr. 5. §. 18. D. 14. 4. — Heise und Cropp B. 1. Nr. 21.

§. 370.

2. Von den Verbindlichkeiten der Contrahenten insbesondere: a) des Verkäufers.

Soviel aber insbesondere die Obligationen anbelangt, welche durch den Kaufcontract begründet werden, so ist A. der Verkäufer verpflichtet: 1. die verkaufte Sache dem Käufer zur gehörigen Zeit (*a*), am gehörigen Orte, mit allem Zubehör und mit allen seit der Perfection des Vertrages gezogenen Früchten zu übergeben (*b*); 2. er haftet für jede culpa, und ist namentlich auch zur custodia verpflichtet (*c*); 3. er muß auch ohne besondere Verabredung, nach einer Vorschrift des ädilicischen Edicts (*d*), für die verborgenen Fehler und Mängel der Sache (morbi, vitia), womit diese zur Zeit des Contractes behaftet war (*e*), auch wenn sie ihm selbst unbekannt sind (*f*), haften, und für alle Eigenschaften der Sache einstehen, welche dieselbe nach ausdrücklicher Verabredung haben, oder von denen sie frei sein soll (dicta, promissa) (*g*). Ist nun die verkaufte Sache mit verborgenen Fehlern behaftet, oder finden sich bei ihr die dicta et promissa nicht, so hat der Käufer, ohne Unterschied, ob es Haupt- oder geringere Fehler sind, immer die Wahl, ob er auf gänzliche Anfhebung des Contracts oder auf Minderung des Preises klagen will (*h*). In jenem Falle steht ihm die actio redhibitoria, in diesem die actio quanti minoris zu (*hh*). Jene dauert sechs Monate, diese ein Jahr (*i*). 4. Der Verkäufer ist endlich auch, im Falle die verkaufte Sache dem Käufer von einem Dritten evincirt, d. h. durch Proceß abgestritten wird, demselben die Gewähr dafür zu leisten (evictionem praestare) verpflichtet (*k*), wenn er dieß auch nicht ausdrücklich versprochen und auch nicht gewußt hat, daß die Sache eine fremde Sache war (*l*). Die Verbindlichkeit zur Gewährleistung tritt indeß, den Fall des dolus ausgenommen, für den Verkäufer nur dann ein, wenn dem Käufer die Sache im Wege Rechtens durch Urtheil des ordentlichen Richters abgesprochen worden ist (*m*) und der Käufer zur Vertheidigung desselben nichts versäumt hat. Daher muß der Käufer, wenn er der Sache wegen belangt wird oder zu klagen hat, dem Verkäufer Anzeige davon machen und denselben auffordern, ihn bei diesem Rechtsstreit zu unterstützen (litem denunciare) (*n*). Die Verpflichtung zur Gewährleistung für die übertragene Sache tritt übrigens nicht blos beim Verkaufe, sondern bei allen onerosen Verträgen ein, also namentlich auch beim Tausche (§. 411), bei der Erbtheilung (§. 695), beim Vergleiche (§. 414), bei der datio in solutum u. s. w., nicht aber bei der Schenkung (§. 434).

(a) Wird er übrigens vor bezahltem Kaufpreise belangt, so steht ihm, wenn nicht etwas anderes ausgemacht ist, die s. g. exceptio nondum adimpleti contractus zu, fr. 13. §. 8. fr. 50. D. ibid., aber eben so auch dem Käufer, wenn er vor erfolgter Tradition der Sache auf Bezahlung des Kaufpreises belangt wird, fr. 25. eod. Wegen des vom Verkäufer zu leistenden Interesses, wenn er die Uebergabe der Sache verzögert, sehe man: fr. 21. §. 3. fr. 1. pr. fr. 12. D. ibid. und darüber Reinhardt verm. Aufs. S. 165.

(b) §. 3. in fin. J. 3. 23 (24.) — fr. 7. pr. D. 18. 6. — fr. 11. §. 13. fr. 13. §. 10. 13. 18. D. 19. 1. — Ueber die Tradition der Servituten, die mit dem verkauften Grundstücke auf den Käufer übergehen sollen, s. man v. Lindelof in Linde's Zeitschrift B. 5. S. 403.

(c) Unbestritten wird dieses ausgesprochen in: fr. 5. §. 2. D. 13. 6. — fr. 31. §. 11. 12. D. 21. 1. — fr. 13. §. 16. D. 19. 1. — fr. 14. pr. D. 47. 2. — fr. 36. D. 19. 1. — fr. 3. D. 18. 6. Schwierigkeit machen aber: fr. 35. §. 4. D. 18. 1. — fr. 14. §. 1. D. 18. 6. — §. 3. J. 3. 23. (24.) und Theophil. ad h. l. Vergl. darüber: v. Löhr Theorie der Culpa S. 150. Beiträge zur Theorie der Culpa S. 186, Mag. B. 4. (2.) S. 499. Note 3 und S. 504. — Hasse von der Culpa S. 386 und 513. — Gensler im Arch. für civ. Prax. B. 1 nr. 30. 35.

(d) Dig. 21. 1. — Cod. 4. 58. Das ädilicische Edict ging ursprünglich nur auf den Verkauf von Sclaven und Lastthieren, wurde aber bald nicht blos bei allen anderen Sachen, sondern auch bei dem Tausche angewandt. fr. 1. pr. fr. 19. §. 5. fr. 38. pr. §. 5. fr. 49. fr. 63. D. ibid. — const. 4. C. ibid. Schon Cicero de off. III. c. 16. 17. bezeugt diese doppelte Ausdehnung. Dagegen findet es nicht statt bei der donatio und locatio conductio. fr. 62. 63. ibid. Man sehe darüber überhaupt: Gans im Arch. für die civil. Pr. Bd. 2. nr. 9. — Neustetel und Zimmern Röm. rechtl. Unters. S. 155 ff. — Thibaut im Arch. für die civ. Pr. B. 5. S. 350. — Unterholzner ebendas. B. 6. S. 60. — Reinhardt verm. Aufsätze H. 1. nr. 8 u. 13. — Busch im Arch. für civil. Prax. B. 26. S. 225 ff. — Vergl. auch: Münter Roßtäuscherrecht. 2. Ausg. Hannov. 1796. — C. Dedel de auctoritate praestanda a venditore rei vitiosae. Traj. ad Rhen. 1827. — Ueber mehrere einzelne hierher gehörige Fragen s. man: Gesterding im Archiv für civil. Pr. B. 4. S. 18. in seinen Nachforsch. Th. 3. S. 429. und in Linde's Zeitschr. B. 6. S. 1 ff. — Kritz a. a. O. S. 176. — Koch Recht der Ford. B. 2. S. 422 ff. — Unterholzner Schuldverh. B. 2. S. 264 ff. — Herm. Keller in den Sell'schen Jahrb. B. 3. S. 86 ff. — v. Vangerow §. 609.

(e) fr. 54. D. 21. 1. — const. 3. C. 4. 58.

(f) Kannte und verschwieg er sie, so konnte er von jeher mit der Klage aus dem Contract (§. 372.) auf omne id quod interest belangt werden. const. 1. C. 4. 58. Diese Klage ist nun nach neuerem Rechte auch gegen den venditor ignorans zuläßig, aber nur zu demselben Zwecke wie die ädilicische actio quanti minoris, fr. 13. pr. §. 1. D. 19. 1, und nicht, wie im ersten Falle, als perpetua actio, sondern nur im ersten Jahre, wie diese ädilicische Klage. S. besonders Unterholzner, Keller und v. Vangerow a. d. a. O.

(g) fr. 18. fr. 19. pr. §. 2. fr. 38. §. 10. D. 21. 1. — fr. 66. pr. D. 18. 1.

(h) fr. 1. §. 6. 8. fr. 18. pr. fr. 19. §. 1. D. 21. 1. — fr. 25. §. 1. D. 44. 2. — Jo. Nic. Dietz (Pr. J. G. S. A. Büchner) Diss. de electivo concursu actionis redhibitoriae cum actione quanti minoris. Giess. 1789. Besonders aber: Feuerbach civil. Vers. B. 1. nr. 2. Dagegen ist die alte Meinung, nach welcher die actio redhibitoria nur wegen eines Hauptfehlers stattfinden, wegen eines geringen Fehlers aber nur die actio quanti minoris zuläßig sein soll, zuletzt vertheidigt von J. H. Westhoff (C. L. A. Fisenhart.) vindiciae communis doctrinae de actione redhibitoria ob vitium rei venditae minus principale haud competente adversus Feuerbachii obiectiones. Helmstad. 1804. Vergl. Neustetel a. a. O. S. 216 ff.

(hh) Bei Sclaven und Vieh kann der Käufer auch eine stipulatio duplae wegen der erwähnten Mängel verlangen und wegen Verweigerung derselben eine dieser beiden Klagen anstellen. fr. 11. §. 4. D. 19. 1. — fr. 28. D. 21. 1. — const. 14. C. 4. 49. Vergl. auch fr. 31. §. 20. D. 21. 1. Ferner wenn die dem Vieh bei dem Verkauf aufgelegten Zierrathen nicht abgeliefert werden, eine ädilicische Klage entweder auf Redhibition des Thieres oder auf Herausgabe der Ornamente. fr. 38. pr. §. 11. D. 21. 1.

(i) fr. 19. §. 6. fr. 38. pr. fr. 55. D. 21. 1. — const. 2. C. 4. 58. — H. ab

ASCHEN Diss. de praescriptione redhibitionis. Gött. 1786. — Hoffmann im Arch. f. prakt. R. W. B. 4. Nr. 8. — Wegen verweigerter Caution kann die actio redhibitoria nur zwei Monate und die actio quanti minoris nur sechs Monate angestellt werden. Wegen verweigerter Ornamente kann überhaupt nur zwei Monate geklagt werden. fr. 28. 38. pr. D. ibid. — Ueber den Gebrauch der ädilicischen Klagen unter Kaufleuten s. man: LÜDERSSEN Diss. num mercator venditis mercibus actione quanti minoris adversus venditorem experiri possit? Helmstad. 1801. — v. Berg jur. Beob. und Rechtsfälle Th. 2. Nr. 14. — Heise und Cropp jur. Abh. B. 1. Nr. 11. — Meno Pöhls Handelsrecht B. 1. S. 180. — Elvers in der allg. jur. Zeit. 1830. Nr. 46—48.

(*k*) Dig. 21. 2. — Cod. 8. 45. — DONELLI Tr. de evictione et duplae stipulatione; in oper. prior. pag. 212. — D'ARNAUD variar. coniect. 2. 16. — J. H. BÖHMER Exercit. ad Dig. T. 4. nr. 62. — Jos. Hauptmannsberger über die Gewährleistung. Wien 1802. — Joh. Bernh. Müller Versuch über die Gewährleistung. Jena u. Leipz. 1805. — Westphal vom Kauf §. 189—365. — Glück Comm. Th. 20. §. 1115 ff. — Gesterding Nachforsch. B. 6. Abth. 1. Nr. 4. S. 143 ff. — Fritz Pandektenr. Th. 1. Bd. 3. S. 101 ff. — Koch Recht der Ford. B. 2. S. 363 ff. — Unterholzner Schuldverh. B. 1. S. 288 ff. — v. Vangerow §. 610. — Sintenis Civilr. B. 2. §. 116 bei Note 134 ff. — Liebe im Rechtslex. B. 4. S. 811 ff. — K. O. Müller die Lehre des Röm. Rechts von der Eviction. Th. 1. Halle 1851.

(*l*) fr. 19. D. 21. 2. — const. 6. 25 C. 8. 45. — const. 5. C. 4. 52. Es kann hier die Klage aus dem Kaufe (§. 372.) auf omne id, quod emtoris interest, angestellt werden. S. außer den citirten Stellen noch: fr. 66. §. 3. fr. 70. D. 21. 2. — fr. 45. pr. D. 19. 1. — Bei den Römern war für den Fall der Eviction die stipulatio duplae sehr üblich, und wenn eine solche eingegangen war, so konnte, wenn die ganze Sache evincirt wurde, mit der actio ex stipulatu immer das duplum gefordert werden. fr. 42. 43. 56. §. 2. D. 21. 2. — CHR. GUJL. KÜSTNER Pr. de actione ex dupla, emtori, cui res evicta est, competente. Lips. 1762. — O. Müller a. a. O. § 8—13. — Ueber theilweise Eviction s. man: fr. 1. fr. 64. D. 21. 2. und darüber: v. Vangerow a. a. O. Anm. 1. und die dort angeführten Schriftsteller.

(*m*) fr. 34. 35. D. 21. 2. Nicht also auch, wenn sie durch Zufall zu Grunde ging, oder dem Käufer durch einen Machtspruch des Regenten entzogen wurde. fr. 11. pr. fr. 21. D. 21. 2. — const. 17. C. 4. 49. — F. Stickel Beitrag zu der Lehre von der Gewährleistung und der Rechtsbeständigkeit der Handlungen eines Zwischenherrschers. Gießen 1826. Und darüber: Bucher in Schunck's Jahrb. der jurist. Liter. B. 6. S. 69 folg. — Zachariae in Elvers' und Bender's allg. jurist. Zeit. 1829. Nr. 4.

(*n*) fr. 34. pr. fr. 51. §. 1. fr. 53. §. 1. fr. 55. §. 1. fr. 56. §. 4—7. fr. 63. §. 2. D. 21. 2. — const. 8. 9. 20. 23. C. 8. 45. — Dernburg in Linde's Zeitschr. n. F. B. 2. S. 19 ff. — Fuchs die Lehre von der Litis Denunciation. Marb. 1855. Ders. im Arch. f. prakt. R.-W. B. 2. S. 337 ff. B. 3. S. 1 ff.

§. 371.

b) Des Verkäufers.

B. Der Käufer ist dagegen verpflichtet: 1. den versprochenen Kaufpreis, und zwar, wenn nichts Anderes verabredet, gleich bei der Uebergabe der Sache zu bezahlen. Geschieht dieses nicht, so muß er ihn verzinsen, auch wenn ihm keine mora zur Last fällt (*a*). 2. Er ist auch von seiner Seite für jede culpa verantwortlich (*b*) und verbunden, dem Käufer die Gewähr für das Geld, welches er als Kaufpreis zahlte, zu leisten (*c*). Auch muß er 3. demselben diejenigen Kosten ersetzen, welche dieser seit dem Abschlusse des Contracts auf die Erhaltung der Sache verwendet hat (*d*).

(*a*) S. oben §. 349. Note *aa.* und *aaa.*
(*b*) Man sehe die §. 370. Note *c.* angef. Stellen und Schriften.
(*c*) fr. 11. §. 2. D. 19. 1.
(*d*) const. 16. C. 4. 49. — fr. 13. §. 22. D. 19. 1.

§. 372.

3. Klagen aus dem Kaufcontracte.

Aus dem Kaufcontracte entsteht für den Verkäufer die actio venditi, für den Käufer die actio emti. Die eine, wie die andere, ist eine directa actio und auf Erfüllung der aus dem Kaufcontracte von Rechtswegen oder zufolge besonderer Nebenverabredungen (ex pactis adiectis, §. 426. 427.) entspringenden Verbindlichkeiten gerichtet (*a*).

(*a*) §. 1. J. 3. 23. (24). — fr. 11. pr. fr. 13. §. 19. D. 19. 1. — Cod. 4. 49. — Glück Comm. Thl. 17. §. 1040—43.

§. 373.

E. Aufhebung des Kaufcontractes.

Die Aufhebung des Kaufcontractes kann erfolgen: 1. mit Einwilligung beider Theile (mutuo dissensu), vorausgesetzt, daß er noch nicht erfüllt ist (*a*); 2. auf Verlangen des einen Contrahenten: a) wenn dieser sich das Recht, vom Contracte zurückzutreten, für eine gewisse Zeit vorbehalten hat (*b*), und b) wenn ein oder der andere Contrahent durch den Contract über die Hälfte verletzt (*bb*) worden ist (s. g. laesio ultra dimidium s. enormis), und dieß ist der Fall, wenn das, was er erhielt, nicht halb so viel werth ist, als das, was er dafür gab (*bbb*). Hier kann der Verletzte auf Aufhebung des Contractes klagen, der Beklagte hat aber die Wahl, ob er sich diese gefallen lassen, oder sie dadurch abwenden will, daß er die Verletzung vergütet (*c*). Eine solche laesio enormis kommt indeß nicht in Betracht, wenn ausdrücklich oder stillschweigend darauf Verzicht geleistet worden ist (*d*), wenn ein Testator befohlen hat, eine Sache zu einem bestimmten Preise zu verkaufen (*e*), und bei einer emtio spei (*f*).

(*a*) §. 4. J. 3. 29. (30). Vergl. fr. 6. §. 2. D. 18. 1. — fr. 3. fr. 5. §. 1. D. 18. 5. — fr. 35. D. 50. 17. — Cod. 4. 45.

(*b*) fr. 3. D. 18. 1. — const. 4. C. 4. 58. — Dig. 18. 5.

(*bb*) Ist er gezwungen oder von dem anderen Contrahenten betrogen worden, so kommt es auf eine so große Verletzung nicht an. Ueber diese Fälle s. oben §. 205 a., 205 b., 356. und 357.

(*bbb*) A. M. in Ansehung des Käufers ist: Voetius in comm. ad Pand. Lib. 18. tit. 5. §. 5.

(*c*) const. 2. C. 4. 44. Vergl. mit const. 8. C. ibid. Diese Rescripte reden zwar nur vom Verkäufer, die Praxis dehnt sie aber nicht blos auf den Käufer, sondern sogar auf alle onerose Verträge aus. — Chr. Thomasii Diss. de aequitate cerebrina L. 2. C. de resc. emt. vend. Halae 1806. et in Diss. acad. T. 3. nr. 73. — Nic. Stampeel (Pr. Alb. Phil. Frick) Diss. de libello actionis ob laesionem enormem instituendae non disjunctive concipiendo. Helmstad. 1774. — L. J. Wickers Diss. de remedio L. 2. C. de rescind. emt. vend. Gröning. 1805. — de Bouwier Diss. de rescindenda venditione ob laesionem enormem. Traj. ad Rh. 1824. — Glück Comm. Th. 17. §. 1028—1032. — v. Weissenegg im Arch. für civ. Pr. B. 4. nr. 8. — Bucher Recht der Ford. §. 67. — Dedekind de vera indole et vi laesionis enormis. Gött. 1837. — Unterholzner Schuldverh. B. 2. S. 245 ff. — Koch Recht der Ford. B. 3. S. 590 ff. S. 645 ff. — v. Madai in s. und Bunge's theor. prakt. Erörter. B. 1. H. 2. Nr. 5. — v. Vangerow §. 611. — Chambon Beitr. zum Obl.-R. B. 1. S. 111 ff.

(*d*) arg. fr. 38. D. 18. 1.

(*e*) fr. 49. §. 9. D. 30.

(*f*) fr. 8. §. 1. D. 18. 1. Manche wollen auch den Fall einer öffentlichen Versteigerung ausnehmen, aber ohne hinreichenden Grund. S. dagegen z. B.: Köchy Meditationen

über versch. Rechtsmaterien B. 1. nr. 15. — Weber zu Höpfner §. 870. not. 5. — Thibaut System §. 503. — Glück S. 93. und 97. — v. Wening-Ingenheim Civilr. §. 260. — Unterholzner a. a. O. S. 248. — v. Vangerow a. a. O

§. 374.

II. Pacht- oder Miethcontract. A. Begriff.

Der Pacht- oder Miethcontract (locatio et conductio) (*a*) ist derjenige Contract, wodurch Jemand einem Andern gegen eine von diesem zu zahlende merces (Pachtgeld, Miethzins, Lohn) (*b*) den Gebrauch und die Benutzung einer Sache zu verstatten, oder gewisse Dienste zu leisten verspricht. Dieser Contract ist perfect, also die daraus entstehende Obligation begründet, sobald die Contrahenten über das Object und die merces einverstanden sind (*c*), es wäre denn, daß die schriftliche Abfassung desselben verabredet wäre (*d*).

(*a*) Gajus III. §. 142. — Inst. 3. 24. (25). — Dig. 19. 2. — Cod. 4. 65. — Donelli comm. iur. civ. Lib. 13. c. 6–9. — Ernst Chr. Westphal Lehre vom Kauf-Pacht-, Mieth- und Erbenzinscontracte u. s. w. Leipz. 1789. — A. G. L. Anichold de contractu locationis et conductionis. L. B. 1815. — Glück Comm. Th. 17. §. 1044—1060. Th. 18. §. 1061—1064. — P. Henot de tit. Pand. locati conducti. Lovan. 1820. — Bucher Recht der Forderungen §. 69 — 74. — W. H. Puchta Handb. der freiw. Gerichtsbarkeit. 2. Ausg. Th. 2. §. 154—166. — Kritz Pandektenr. Th. 1. B. 2. S. 191 ff. — Unterholzner Schuldverh. B. 2. S. 316 ff. — Koch Recht der Ford. B. 3. S. 329 ff. — v. Vangerow §. 640 ff. — Sintenis prakt. Civilr. B. 2. §. 118. — Rechtslex. B. 7. S. 735 ff.

(*b*) Die merces ist hier eben so nothwendig, wie bei'm Kaufcontracte das pretium. fr. 20. §. 1. fr. 46. D. 19. 2.

(*c*) pr. J. 3. 24. (25). — fr. 1. D. 19. 2. — fr. 2. D. 44. 7.

(*d*) arg. pr. J. 3. 23. (24.) — const. 17. C. 4. 21.

§. 375.

B. Arten derselben.

In Rücksicht des Gegenstandes lassen sich folgende Arten der locatio et conductio unterscheiden: A. Wenn Sachen den Gegenstand derselben ausmachen (locatio et conductio rerum), so sind dieß: 1. entweder bewegliche Sachen, oder praedia urbana, dann ist es Miethcontract, und der Miether heißt hier bei Wohnungen und Häusern inquilinus; 2. oder es sind praedia rustica, dann ist es Pachtcontract und der Pächter oder Beständer heißt colonus. B. Wenn Dienste den Gegenstand des Contracts ausmachen, so sind dieß 1. entweder solche Dienste, die ein Dienstbote oder Arbeiter gegen einen gewissen Lohn zu leisten verspricht, dann ist es der Dienst- oder Lohnvertrag (locatio et conductio operarum); 2. oder Jemand überträgt dem Andern die Ausführung eines Werkes, und dieser verspricht die dazu erforderlichen Dienste gegen einen gewissen Lohn zu leisten, dann ist es der Verdingungsvertrag oder das Veraccordiren (locatio et conductio s. redemtio operis). — Während bei der locatio et conductio rerum derjenige, welcher die Gestattung des Gebrauchs und der Benutzung von Sachen, und bei der locatio et conductio operarum derjenige, welcher Dienste verspricht, locator, derjenige dagegen, welcher dafür Geld verspricht, conductor heißt, herrscht bei der locatio et conductio operis der umgekehrte Sprachgebrauch. Der Besteller heißt hier locator operis, der Unternehmer conductor s. redemtor operis (§. 381.).

§. 376.

1. Locatio et conductio rerum. a) Gegenstand.

Bei der locatio et conductio rerum kommt zunächst die Sache, welche den Gegenstand derselben ausmacht, und der für den Gebrauch und die Benutzung dieser Sache zu zahlende Pacht- oder Miethzins (merces, pensio) in Betracht. 1. Die Sache darf keine solche sein, die durch den Gebrauch verbraucht wird (*); übrigens aber ist es einerlei, ob sie beweglich oder unbeweglich, körperlich oder unkörperlich ist (*a*), und selbst fremde Sachen können vermiethet und verpachtet werden (*b*). Wenn insbesondere der Miether oder der Pächter die von ihm selbst gemiethete Sache einem Andern wieder vermiethet, was ihm, so lange nichts Anderes verabredet ist, frei steht, so heißt dieß Aftermiethe oder Afterpacht (sublocatio et subconductio) (*c*). 2. Der Pacht- oder Miethzins muß dieselben Eigenschaften haben, wie das pretium beim Kaufcontracte (§. 367). Er muß also in einer bestimmten Geldsumme bestehen (*d*); doch kann bei der Verpachtung einer fruchttragenden Sache ein Theil der Früchte als Pachtgeld ausbedungen werden, und wenn dieß ein aliquoter Theil der Ernte ist, so heißt der Pächter colonus partiarius (*e*).

(*) Eine solche kann wenigstens nicht zum gewöhnlichen Gebrauche vermiethet werden. Vergl. fr. 3. §. 6. D. 13. 6.

(*a*) Z. B. fr. 1. §. 1. fr. 9. §. 3. D. 39. 4. — Prädialservituten können indeß nicht ohne das praedium, welchem sie zustehen, verpachtet werden. fr. 44. D. 19. 2. Auch ist in den Quellen selten von Vermiethung des Ususfructus die Rede, fr. 66. D. 23. 3. — §. 1. in fin. J. 2. 5; desto häufiger aber von Vermiethung seines Gegenstandes, fr. 12. §. 2. D. 7. 1. — fr. 9. §. 1. §. 25. §. 1. D. 19. 2.

(*b*) fr. 12. §. 2. D. 7. 1. — fr. 23. pr. D. 20. 1. — fr. 7. 9. pr. §. 6. fr. 35. §. 1. D. 19. 2. — Giltig miethen oder pachten kann man seine eigene Sache in der Regel nicht, fr. 45. pr. D. 50. 17. — fr. 15. D. 16. 3. — const. 20. 23. C. 4. 65; wohl aber ausnahmsweise, wenn der Vermiether oder Verpachter ein Recht auf den Gebrauch hat, fr. 29. pr. D. 7. 4. — fr. 35. §. 1. fr. 37. D. 13. 7. — fr. 28. 37. D. 41. 2.

(*c*) const. 6. C. 4. 65.

(*d*) pr. J. 3. 24. (25.) — fr. 2. pr. fr. 25. pr. D. 19. 2.

(*e*) fr. 25. §. 6. fr. 35. §. 1. D. ibid. — const. 18. 21. C. 4. 65. — const. 8. C. 2. 3. — Glück S. 331 ff. — Gesterding Nachforsch. B. 4. Abth. 1. S. 141 ff.

§. 377.

b. Verbindlichkeiten der Contrahenten. A. Des Locators.

Soviel hiernächst die aus der locatio et conductio rerum entspringenden gegenseitigen Obligationen der Contrahenten betrifft, so sind beide Contrahenten vom Augenbicke der Perfection des Contractes an für jede culpa, für diligentia und custodia verantwortlich, und nur den rein zufälligen Schaden braucht keiner dem andern zu ersetzen (*a*). Insbesondere ist A. der locator verpflichtet: 1. dem conductor die Sache zu dem bestimmten Gebrauche zu übergeben und sie ihm in der Regel die ganze Pacht- oder Miethzeit zu lassen, ausgenommen, wenn er in die Nothwendigkeit versetzt wird, das vermiethete Haus für sich selbst oder die Seinigen zu gebrauchen und dieß beweisen kann, oder wenn das Haus einer nöthigen Reparatur bedarf, oder wenn der conductor schlecht mit der vermietheten oder verpachteten Sache umgeht (*b*), oder wenn er zwei Jahre lang das Mieth- oder Pachtgeld nicht bezahlt (*c*). Der locator muß ferner 2. dem conductor den versprochenen Gebrauch und die Benutzung der Sache gewähren (*d*) und dieselbe während

der Miethzeit in einem solchen Zustande erhalten, daß der conductor den beabsichtigten Gebrauch zu machen im Stande ist (*e*); endlich muß der locator 3. wenn nichts Anderes verabredet ist, die auf der Sache haftenden öffentlichen Lasten und Abgaben tragen (*f*), und 4. dem conductor die auf die Sache verwendeten nothwendigen und nützlichen Kosten ersetzen (*g*).

(*a*) const. 1. 28. C. 4. 65. Vergl. §. 5. J. 3. 24. (25.) — fr. 25. §. 7. D. 19. 2. — fr. 5. §. 15. in fin. D. 13. 6. — fr. 9. §. 2. D. 19. 2. — Löhr Theorie der Culpa S. 148. Mag. B. 4. (2.) S. 499. — Hasse von der Culpa §. 95. (S. 492. 2. Ausg. S. 373. — Wird dem Pächter eines Landgutes das zu demselben gehörige Vieh nach einer bestimmten Taxe unter der Bedingung überlassen, daß derselbe nach beendigter Pachtzeit einen Viehstand von demselben Werthe auf dem Gute zurücklassen soll (s. g. contractus socidae, Eisern-Vieh-Contract), so wird der Pächter Eigenthümer des Viehes, und trägt auch den zufälligen Schaden. Daher die Regel: Eisern Vieh stirbt nicht. fr. 3. fr. 54. §. 2. D. 19. 2. — Chr. Aug. Bertram Diss. de contractu socidae. Halae 1774. — W. Sell im Arch. für civ. Prax. B. 19. S. 304—318. — Sintenis §. 118. Note 15.

(*b*) const. 3. C. 4. 65. — Diese Constitution redet aber nur von vermietheten Häusern und leidet keine Ausdehnung auf verpachtete Grundstücke. A. M. ist G. L. Mencken de jure expellendi colonos ob supervenientem necessitatem. Helmstad. 1751. In opusc. Halae 1770. nr. 15. Noch mehr, wie gewöhnlich, will dagegen jene Constitution in Beziehung auf Reparaturen und Umbau beschränkt wissen v. Buchholtz jur. Abh. Nr. 24.

(*c*) fr. 54. §. 1. fr. 56. D. 19. 2. — Hymmens Beiträge zur jur. Literatur B. 7. S. 132.

(*d*) fr. 9. pr. §. 1. fr. 30. pr. D. ibid.

(*e*) fr. 15. §. 1. fr. 58. §. 2. fr. 25. §. 2. D. ibid. Vergl. jedoch fr. 25. §. 4. D. ibid.

(*f*) Die Einquartirung ist nach Röm. Rechte eine Reallast. fr. 3. §. 13. 14. fr. 14. §. 2. D. 50. 4. — fr. 11. D. 50. 5. — const. 5. 9. C. 12. 41. Daraus folgert man gewöhnlich, daß sie vom Vermiether zu tragen sei. Die mit der Einquartirungslast oft verbundene Verpflegungs- und Verköstigungslast ist jedenfalls als Personallast zu betrachten und trifft daher den Miether. Man sehe besonders: v. Berg jurist. Beob. und Rechtsfälle Th. 3. Nr. 1. Th. 4. Nr. 1. 2. — Hagemann prakt. Erört. Th. 6. Nr. 17. — Schweppe jur. Mag. St. 1. Nr. 5. — Glück Comm. Th. 17. §. 1053. Unterholzner S. 336. Note *e*. — Koch S. 742 ff. — Kritz S. 246 ff. — v. Vangerow §. 641. Anm. 2.

(*g*) fr. 55. §. 1. D. 19. 2.

§. 378.

B. Des Conductors.

B. Der conductor hat das Recht, die Sache zu benutzen und die Früchte davon zu ziehen; das Eigenthum der letztern erwirbt er aber erst durch die Perception derselben (*a*). Dagegen ist er verpflichtet: 1. das bedungene Mieth- oder Pachtgeld zur gehörigen Zeit zu bezahlen. Wenn indeß ein beträchtlicher Theil der Früchte vor der Perception durch reinen Zufall zu Grunde geht, so kann er, wenn nichts anderes verabredet ist, einen verhältnißmäßigen Erlaß am Pachtgelde verlangen; nach der Perception hingegen stehen die Früchte ganz auf seine Gefahr (*b*). 2. Er darf vor Ablauf der verabredeten Zeit die gemiethete oder verpachtete Sache nicht verlassen (*c*), es wäre denn, daß Umstände einträten, die ihm den ruhigen Gebrauch der Sache nicht länger gestatteten (*d*). 3. Nach beendigter Miethe oder Pacht muß er die Sache dem Vermiether oder Verpachter zurückgeben (*e*).

(*a*) §. 36. J. 2. 1. Vergl. oben §. 265.

(*b*) fr. 25. §. 6. D. 19. 2. — fr. 15. §. 2–7. D. ibid. — G. L. Boehmer electa iur. civ. T. 1. nr. 10. — G. F. Albrecht de remissione mercedis ob sterilitatem indulgenda. Gött. 1779. — Schweppe jurist. Magazin St. 1. nr. 4. u. 5. — Kritz S. 261 ff. — W. Sell im Arch. f. civ. Pr. B. 20. Nr. 8. — Jacobi über

Remission des Pachtzinses nach gemeinem u. preuß. Rechte. Weim. 1856. — GUIL. HERRM. RIEDESEL AB EISENBACH Diss. de eo, quod iustum est circa remissionem mercedis in locatione conductione ob calamitates bellicas. Gött. 1760. Vergl. auch die oben §. 341. Note *d* und §. 377. Note *f* angef. Schriften.

(*c*) fr. 55. §. 2. D. 19. 2.

(*d*) fr. 25. §. 2. fr. 27. §. 1. fr. 28. fr. 13. §. 7. fr. 33. D. ibid. — HOMMEL rhapsod. quaest. Vol. 2. obs. 332. — Quistorp rechtl. Bemerkungen B. 1. nr. 84. — Glück Comm. Th. 17. S. 478.

(*e*) §. 5. in fin. J. 3. 24. (25.) — fr. 48. §. 1. D. 19. 2. — const. 10. C. 8. 4. — const. 34. C. 4. 65. — const. 25. C. ibid. und darüber: Weber Beitr. zu den Klagen und Einreden St. 2. Nr. 14. — Glück S. 497 ff. — Gust. Thon in Linde's u. Marezoll's Zeitschr. B. 1. S. 470. — Unterholzner S. 340.

§. 379.

c. Ende der locatio et conductio rerum (*).

Der Mieth- oder Pachtcontract hört auf: 1. mit dem Ablauf der verabredeten Zeit. Wird derselbe alsdann gleich wieder erneuert, so heißt dieß relocatio. Diese kann sowohl ausdrücklich als stillschweigend erfolgen. Letzteres ist der Fall, wenn der Miether oder Pächter nach abgelaufener Mieth-, oder Pachtzeit die Sache mit Vorwissen und ohne Widerspruch des Vermiethers oder Verpächters zu gebrauchen und zu benutzen fortfährt. Es treten dabei die alten Contractsbedingungen ein, und wenn nichts Anderes verabredet oder durch Ortsgebrauch bestimmt ist, so dauert die tacita relocatio praedii rustici immer nur noch ein Jahr, jede andere so lange, bis ein Theil dem anderen aufkündigt, wenn nicht der frühere Vertrag schriftlich auf eine bestimmte Zeit abgeschlossen worden ist, wo die stillschweigende Erneuerung auf dieselbe Zeit bezogen wird (*a*). 2. Wenn der Vermiether oder Verpächter nur ein temporäres Recht an der Sache hatte und dieses aufhört, wo auch der Miether oder Pächter, wenn ihm dieses Verhältniß bei Eingehung des Contractes bekannt war, keinen Regreß auf Entschädigung gegen den Verpächter oder Vermiether hat (*b*). 3. Wenn der Verpächter oder Vermiether die Sache verkauft und beim Verkaufe die Fortdauer des Mieth- und Pachtcontractes mit dem Käufer nicht verabredet wird (Kauf bricht Miethe). Hier ist der Käufer der Sache nicht an den zwischen dem locator und conductor geschlossenen Contract gebunden, sondern kann den Letztern austreiben, wogegen dieser aber Entschädigung von seinem Verpächter zu fordern berechtigt ist (*bb*). Umgekehrt braucht der conductor den Contract mit dem Käufer der Sache nicht fortzusetzen (*c*). Dagegen erlischt der Mieth- und Pachtcontract mit dem Tode des einen oder des andern Contrahenten nicht, wofern dieß nicht ausdrücklich verabredet ist (*d*).

(*) CAR. AUG. IMM. PESCHKAU Diss. de variis modis, quibus locatio conductio finitur. Lips. 1822.

(*a*) fr. 13. §. 11. fr. 14. D. 19. 2. — Vergl. MATTH. PAULSEN Diss. de relocationis tacitae effectu in praediis urbanis ad L. 13. §. fin. D. loc. cond. Gött. 1775. — Weber zu Höpfner §. 891. Note 3. — Glück Comm. Th. 17. S. 278. — Schrader Abhandl. aus dem Civilrechte B. 1. nr. 2. — v. Herrestorf im Arch. für die civil. Prax. B. 3. nr. 3. — Röder Abhandl. nr. 1. — v. Vangerow §. 644.

(*b*) fr. 9. §. 1. D. 19. 2. — fr. 25. §. 4. D. 24. 3. War es jenem nicht bekannt, so gilt dasselbe, wie in dem Falle der Note bb.

(*bb*) Das Obligations-Verhältniß hört nicht auf, aber es geht auch nicht auf den Käufer über.

(*c*) const. 9. C. 4. 65. Vergl. fr. 25. §. 1. fr. 32. D. 19. 2. — fr. 120. §. 2. D. 30. — BIENER Pr. quaest. 57. Lips. 1815. — Gesterding über den Grundsatz: Kauf bricht Miethe; in Dessen Nachforschungen Th. 3. S. 217. — J. Dernburg Abhandlungen Nr. 1. — Ueber die Cession eines Pachtcontracts vergl.: Heise u. Cropp jur. Abh. B. 2. Nr. 10. — Mühlenbruch Ceff. S. 312 ff.

(*d*) §. 6. J. 3. 24. (25.) — fr. 19. §. 8. D. 19. 2. — const. 10. C. 4. 65.

§. 380.

2. Operarum und operis locatio et conductio. a) Gegenstand.

Die Dienste, welche bei der locatio et conductio operarum und operis den Gegenstand des Contractes ausmachen, müssen erlaubte und solche sein, welche einen Marktpreis haben, d. h. für welche man einen Lohn und nicht etwa ein Honorar zu zahlen pflegt (*a*). Von der merces, welche hier auch manupretium heißt (*b*), gilt dasselbe, wie bei der locatio et conductio rerum.

(*a*) fr. 5. §. 2. D. 19. 5. „Tale factum esse debet, *quod locari solet.*"
(*b*) fr. 30. §. 3. D. 19. 2.

§. 381.

b) Verbindlichkeiten der Contrahenten.

Beide Theile haften auch hier für jede culpa, aber nicht für den Zufall (*a*). Macht ein solcher 1. die Leistung der Dienste ganz oder zum Theil unmöglich, so muß der versprochene Lohn bezahlt werden, es wäre denn, daß er sich in der Person desjenigen ereignete, der die Dienste leisten sollte (*b*). 2. Ereignet sich bei dem in Verding gegebenen opus (*bb*) ein zufälliger Schaden, so trifft dieser den Besteller (*c*), ausgenommen, wenn entweder der conductor operis ihn übernommen, oder der Besteller eine bestimmte Quantität von fungiblen Sachen zur Bearbeitung hingegeben hat. Dieß ist nämlich im Zweifel so auszulegen, daß nicht nothwendig die hingegebenen Stücke zu der Arbeit verwendet werden sollen, sondern nur eine gleiche Quantität von Sachen derselben Art (*d*), und dadurch erhält denn hier die locatio et conductio eine gewisse Aehnlichkeit mit dem Darlehen (*e*). Mit dem zufälligen Schaden darf man denjenigen nicht verwechseln, der von einem Versehen bei der Ausführung des Werkes oder von einem Fehler des vom Unternehmer dazu zu gebenden Stoffes (vitium operis) herrührt. Diesen hat der conductor operis zu tragen (*f*), außer wenn er erst eintritt, nachdem das Werk schon von dem Besteller gebilligt ist (*g*).

(*a*) fr. 25. §. 7. D. 19. 2 und die oben §. 377. Note *a* angef. Stellen u. Schriften.
(*b*) fr. 38. pr. D. ibid. „Qui operas suas locavit, totius temporis mercedem accipere debet, *si per eum non stetit*, quominus operas praestet." fr. 19. §. 9. fr. 15. §. 6. D. ibid.
(*bb*) Ueber opus locatum conductum s. man überhaupt: CAR. AUG. HAASE Diss. I. II. de opere locato conducto. Lips. 1814. — Gesterding Irrthümer der Rechtsgel. Nr. 4. §. 2. — Carl Aug. Weiske skeptisch-prakt. Behandl. einiger civilr. Gegenstände. Leipz. 1829. S. 1.
(*c*) fr. 59. D. 19. 2.
(*d*) Liefert der Arbeiter selbst den Stoff ganz, so ist keine locatio et conductio operis, sondern eine emtio et venditio vorhanden, wenn nicht das opus nur eine Accession der Hauptsache bildet, die der Besteller dazu gibt. fr. 2. §. 1. D. ibid. — fr. 65. D. 18. 1. — Gesterding über die Contracte mit Handwerkern; in Dessen Irrthümern der Rechtsgelehrten S. 83. A. M.: Leist in Linde's Zeitschr. B. 17. S. 374 ff., welcher in fr. 65 cit. anstatt „ut darem" lesen will: „ut dares". Dagegen sind aber, von den sonstigen Gründen ganz abgesehen, die Basil. XIX. 1. 63 bei HEIMBACH II. p. 267. — v. Vangerow §. 632. a. E.
(*e*) fr. 31. D. ibid. Geringer ist diese Aehnlichkeit in dem Falle, welchem das fr. 31. cit. eigentlich gewidmet ist, nämlich in dem Falle, wenn das opus in dem Transport von fungiblen Sachen besteht, und die von dem Versender übergebenen Sachen mit dessen Wissen und Willen mit andern ebenfalls zu transportirenden Sachen derselben Art zusammengethan und auf diese Weise mit denselben vermengt werden. Hier hat

der conductor operis den casuellen Schaden nicht zu tragen. Ueber dieses Fragment vergl.: H. KELLINGHUSEN ad leg. 31. D. locati. Jen. 1819. — W. Sell im Arch. für civ. Pr. B. 19. S. 319 ff. — Rechtslexicon B. 7 S. 828 ff. — Heimbach das Creditum S. 426 ff. — v. Buchholtz in v. Linde's Zeitschr. n. F. B. 8. S. 8 ff. — Mommsen Beitr. B. 1. S. 283 ff.

(*f*) fr. 51. §. 1. fr. 62. D. ibid.

(*g*) fr. 24. pr. D. ibid. Ein solcher Fall ist auch der, wenn das Werk stückweise oder nach einem Maße verfertigt oder geliefert wird, und der Schaden den Theil trifft, der schon angenommen ist. fr. 36. 37. D. ibidem. Uebrigens ist die erfolgte Billigung nicht entscheidend, wenn sie durch die Arglist des Unternehmers herbeigeführt worden ist. fr. 24. in f. D. ibid.

§. 382.

c. Ende der operarum und operis locatio et conductio.

Der Vertrag erlischt: 1. wenn ein einzelner Dienst den Gegenstand desselben ausmachte, sobald dieser geleistet ist; 2. wenn er auf fortdauernde Dienste derselben Art gerichtet ist, durch den Tod desjenigen, der die Dienste leisten soll, und durch den Ablauf der Zeit, für welche er geschlossen ist. Doch kann auch hier sowohl eine ausdrückliche als stillschweigende Relocation eintreten, wenn der Diener oder Arbeiter seine Dienste nach Ablauf der verabredeten Miethzeit zu leisten fortfährt. Die letztere dauert alsdann so lange, bis ein Theil dem andern aufkündigt (*a*). 3. Der Verdingungsvertrag erreicht sein Ende, wenn die Arbeit verfertigt oder das Werk vollendet ist. Auch hier kann eine relocatio eintreten (*b*).

(*a*) arg. fr. 13. §. 11. in fin. D. 19. 2. So lange dauert auch der ursprüngliche Vertrag, wenn keine Zeit bestimmt ist, und derjenige, welcher die Dienste leisten soll, nicht vorher stirbt.

(*b*) fr. 13. §. 10. D. ibid.

§. 383.

C. Klagen aus der locatio et conductio.

Aus der locatio et conductio, sie gehe auf Sachen oder auf Dienste, entsteht für den locator die locati actio, für den conductor die conducti actio. Die eine wie die andere ist eine actio directa und geht auf Erfüllung der contractmäßigen Verbindlichkeit (*a*). Auch hat der inquilinus, nicht aber der colonus, wenn er seine Verbindlichkeiten erfüllt hat, gegen den locator das interdictum de migrando, wenn dieser ihn mit seinen invectis et illatis nicht frei abziehen lassen will (*b*).

(*a*) pr. J. 3. 24. (25.)

(*b*) fr. 1. §. 1—3. D. 43. 32.

§. 383. a.

D. Lex Rhodia de iactu (*a*) (*aa*).

Wenn bei einer Gefahr auf dem Meere, welche einem Schiffe den Untergang droht, ein Theil der Fracht zur Erleichterung desselben, um wo möglich das Schiff und den übrigen Theil der Fracht zu retten, über Bord geworfen und untergegangen ist, oder wenn bei dieser Gelegenheit zurückbleibende Waaren beschädigt sind, so haben die Eigenthümer der über Bord geworfenen oder beschädigten Waaren nach der, von den Römern angenommenen, Lex Rhodia de iactu das Recht, von den Eigenthümern des geretteten

Schiffes und der geretteten Waaren einen verhältnißmäßigen Ersatz für ihren erlittenen Verlust zu fordern (*b*). Darüber ist nun insbesondere zu bemerken: 1. Jeder, welcher zu diesem Schadenersatze contribuiren muß, ist immer nur für seinen Antheil verpflichtet und keiner haftet für den Andern (*c*). 2. Bei der Berechnung des verhältnißmäßigen Schadenersatzes ist in Ansehung der über Bord geworfenen Sachen auf den Einkaufspreis, in Ansehung der geretteten Sachen aber auf den wahrscheinlich möglichen Verkaufspreis Rücksicht zu nehmen (*d*). 3. Ist das Schiff, des Auswurfs ohnerachtet, in derselben Gefahr dennoch untergegangen, so fällt jener Anspruch auf Entschädigung weg, er bleibt aber bestehen, wenn das Schiff aus dieser Gefahr gerettet worden ist, sollte es auch nachher in einer andern Gefahr untergegangen sein (*e*). 4. Nach dem Römischen Rechte konnte indeß derjenige, welcher durch das über Bord Werfen Schaden erlitten hatte, wenn er mit dem Schiffer einen Miethcontract abgeschlossen hatte, nur mit der Contractsklage gegen den Schiffer klagen, welcher alsdann wieder mit der Klage aus seinem Contracte mit dem Eigenthümer der geretteten Waaren gegen diesen zu klagen hatte (*f*).

(*a*) Paulus II. 7. — Dig. 14. 2. — P. Peckii comm. in tit. Dig. et Cod. ad rem nauticam pertinentes cum notis A. Vinnii, pag. 188—297. — Glück Comm. Th. 14. §. 883. — C. D. Klügmann Diss. de lege Rhodia de iactu. Gött. 1817. — P. Tromper de lege Rhodia de iactu. Lovan. 1826. — C. F. T. Servestens de lege Rhodia de iactu. Ibid. 1826. — E. Spanoghe Diss. de lege Rhodia de iactu. Gandav. 1830. — Schryver sur la loi Rhodia de jactu. Brux. 1844. — Unterholzner Schuldverh. Bd. 2. S. 353 ff. — Koch Recht der Ford. Bd. 3. S. 574 ff. — Schilling Lehrb. §. 312. B. 3. S. 499 ff.

(*aa*) In den früheren Ausgaben wurde diese Lehre in dem dritten Capitel dargestellt. S. z. B. in der 13. Ausg. §. 474, Note *a*.

(*b*) fr. 1. D. 14. 2. „Lege Rhodia cavetur, ut, si levandae navis gratia iactus mercium factus est, omnium contributione sarciatur, quod pro omnibus datum est." fr. 4. §. 2 ibid. Dasselbe gilt, wenn das Schiff durch Aufopferung eines Theils der Fracht aus einer andern Gefahr gerettet, z. B. von Seeräubern losgekauft ist. fr. 2. § 3. fr. 4. pr. ibid.

(*c*) fr. 2. §. 6. ibid.

(*d*) fr. 2. §. 4. ibid.

(*e*) fr. 4. §. 1. ibid.

(*f*) fr. 2. pr. D. ibid. Jetzt gestattet man dem Eigenthümer der beschädigten Sachen geradezu eine Entschädigungsklage gegen die Eigenthümer der geretteten Waaren, so wie gegen alle Diejenigen, welche zu dem Schaden contribuiren müssen, und bringt analogisch den Grundsatz der Lex Rhodia de iactu noch in vielen ähnlichen Fällen, z B. bei Kriegsschäden, bei Wassersnoth und Feuersbrünsten, zur Anwendung. Böhmer Rechtsfälle B. 1. Nr. 21. Gegen diese Ausdehnung: Thibaut von der logisch. Ausleg. S. 81. — Kritz exegetisch prakt. Abh. Nr. 4. — Puchta von den Klagen §. 162, 163. — Unterholzner a. a. O. — Puchta Pand. §. 368 am E. Vergl. jedoch W. Sell Vers. B. 1. S. 100.

§. 384.

III. Emphyteutischer Contract (*).

Der emphyteutische Contract (contractus emphyteuticarius) ist derjenige Vertrag, wodurch Einer dem Andern ein Grundstück als Emphyteusis zu verleihen und Dieser Jenem einen Canon davon zu bezahlen verspricht (§. 295). Dieser Contract hat auf der einen Seite viel Aehnlichkeit mit dem Kaufcontracte, auf der andern mit dem Pachtcontracte, weshalb auch die Römischen Juristen darüber stritten, ob er jenes oder dieses sei. Zeno erklärte ihn hierauf für einen eigenen Contract und Justinian bestätigte dies (*a*).

Er wird übrigens, wie der Kauf- und Pachtcontract, durch bloßen Consens der Contrahenten perfect und hat alsdann die Wirkung, daß der dominus das Grundstück dem Emphyteuta tradiren und daß dieser den versprochenen Canon bezahlen muß. In Ansehung der Unglücksfälle ist gesetzlich vorgeschrieben, daß der gänzliche Untergang des Gutes den dominus, der partielle den Emphyteuta treffen solle (*b*). Abweichungen von dieser Regel können zwar verabredet werden, jedoch muß dieß schriftlich geschehen, wenn sie giltig sein sollen (*c*). Die aus diesem Contracte entspringende Klage, welche sowohl dem Emphyteuta gegen den dominus emphyteuseos, als diesem gegen jenen zusteht, und auf beiden Seiten directa ist, nennt man jetzt actio emphyteuticaria.

(*) Die Literatur s. oben vor §. 295.
(*a*) const. 1. C. 4. 66. — §. 3. J. 3. 24. (25.) — Der Streit betraf allein oder doch hauptsächlich die Frage, welchen Einfluß der das emphyteutische Gut treffende casus auf die Verpflichtung zur Bezahlung des Canons habe. Nach Zeno's Verordnung soll hier nach den Umständen bald das angewendet werden, was von dem Miethgelde, bald das, was von dem Kaufpreise gilt. S. unten Note *b* und *c*.
(*b*) §. 3. J. cit. in fin. — const. 1. cit. in fin.
(*c*) const. 1. cit. — — „scriptura interveniente." — S. darüber: Marezoll in s. und Linde's Zeitschr. B. 2. S. 359. B. 3. S. 282.

§. 385.

IV. Gesellschaftscontract. A. Begriff.

Der Gesellschaftscontract (societas) (*a*) ist derjenige Vertrag, wodurch sich mehrere Personen (socii) zur Erreichung eines gemeinschaftlichen erlaubten (*b*) Zwecks und über die dazu erforderlichen Mittel vereinigen. Zur Perfection desselben ist, wenn nichts Anderes verabredet wurde, blos die Einwilligung und Uebereinkunft aller Gesellschafter erforderlich (*c*).

(*a*) Gajus III. §. 148—154. — Inst. 3. 25. (26.) — Dig. 17. 2. — Cod. 4 37. — Donelli comm. iur. civ. Lib. 13. c. 15—17. Lib. 16. c. 24. — Gesterding Beitr. zur Lehre von der Societät; in Dessen Irrthümern der Rechtsgelehrten nr. 9. — Glück Comm. Th. 15. §. 961—971. — Bucher Recht der Forderungen §. 80—83. — Unterholzner Schuldverh. B. 2. S. 378 ff. — Koch Recht der Ford. B. 3. S. 519 ff. — Kritz Pandektenr. Th. 1. B. 2. S. 23 ff. — Thöl Handelsr. §. 34 ff. — v. Vangerow §. 651 ff. — Sintenis prakt. Civilr. B. 2. §. 121. — Molitor les obligations T. 2. p. 271 seq. — v. Keller Pand. §. 346 ff.
(*b*) fr. 57. D. 17. 2. Vergl. fr. 70 §. ult. D. 46. 1.
(*c*) fr. 4. pr. D. 17. 2. Ueber den Unterschied zwischen der societas u. der s. g. communio incidens s. man fr. 31. D. ibid. — Hasse Beitrag zur Revision der bisherigen Theorie von der ehelichen Gütergemeinschaft S. 185.

§. 386.

B. Arten der Gesellschaft.

Die Societät ist eine allgemeine (societas totorum s. omnium s. universorum bonorum), wenn alles Vermögen, welches die einzelnen Gesellschafter zur Zeit der Eingehung haben oder künftig erwerben, gemeinschaftlich gemacht werden soll, und eine besondere, wenn dieses nicht der Fall ist (*a*). Bei der letztern sollen zuweilen Vermögensstücke gemeinschaftlich angeschafft, oder von den Gesellschaftsmitgliedern, welchen sie gehören, gemeinschaftlich gemacht oder doch dem gemeinschaftlichen Gebrauch überlassen werden (*b*). Häufig bezieht sich die particuläre Societät auf Erwerb durch Ar-

beiten oder onerōse Rechtsgeschäfte (*c*). Eine solche Erwerbsgesellschaft (*d*) (s. g. societas quaesturia) kann von sehr verschiedenem Umfange sein und sich namentlich auch auf allen Erwerb der bezeichneten Art beziehen (societas universorum, quae ex quaestu veniunt). Bei einer universellen Gesellschaft sind alle Ausgaben und Schulden der einzelnen Mitglieder auf gemeinschaftliche Rechnung zu bestreiten (*e*), bei jeder andern hingegen nur diejenigen, welche durch den gemeinsamen Zweck veranlaßt werden (Societätsschulden), nicht auch die Privatschulden der einzelnen Mitglieder (*f*).

(*a*) pr. J. 3. 25. (26.) — fr. 1. § 1. D. 17. 2. Bei der societas omnium bonorum ist auch der lucrative Erwerb der einzelnen Mitglieder gemeinschaftlich zu machen. fr. 3. § 1. D. ibid.

(*b*) fr. 58. pr. D. ibid. — Ueber die Frage, wann das Eine und wann das Andere anzunehmen sei, vergl.: fr. 58. cit. pr. §. 1. — fr. 52. §. 2. D. ibid. — fr. 13. §. 1. D. 19. 5. — Glück a. a. O. S. 397 ff. — Gesterding a. a. O. S. 291 ff. — J. P. Mayr de divisione bonorum societatis. Landish. 1825. — Guyet Abhandl. S. 227. (Francke in den Gött. gel. Anz. 1829. Nr. 131.) — v. Vangerow §. 651. Anm. 2.

(*c*) fr. 7—13. D. 17. 2.

(*d*) G. Carl Treitschke die Lehre von der Erwerbsgesellschaft. Leipzig 1825. 2te Aufl. unter dem Titel: die Lehre von der unbeschränkt obligatorischen Erwerbsgesellsch. und von Commanditen. Leipz. 1844. (v. Buchholtz in Richter's krit. Jahrb. Jahrg. 9. B. 17. S. 128 ff.)

(*e*) fr. 39. § 3. D. 10. 2 — arg. fr. 39. §. 1. D. 50. 16.

(*f*) fr. 12. 27. D. 17. 2. und darüber: Car. Frid. Günther Diss. ad legg. 12. 27. D. pro socio. Lips. 1823. (Vergl. Hall. allg. Lit. Zeit. 1823. Nr. 161.)

§. 387.

C. Rechtsverhältniß der socii unter sich.

Das durch den Gesellschaftscontract begründete Rechtsverhältniß der socii unter sich ist folgendes: 1. Jeder socius muß die versprochenen Beiträge leisten (*a*). Diese selbst können sehr verschieden, gleich oder ungleich sein, in Sachen, Geld oder Diensten bestehen (*b*). Die Dienste dürfen indeß nicht unerlaubt sein (*c*), und derjenige, welcher sie leistet, muß sie als Mitglied der Gesellschaft und nicht etwa blos als Diener derselben leisten. 2. Der Gewinn und Verlust muß unter sämmtliche Mitglieder vertheilt werden. Ist der Antheil eines Jeden durch Vertrag bestimmt, oder soll er durch einen unparteiischen Dritten bestimmt werden, so bleibt es dabei, sonst hat Jeder gleichen Antheil am Gewinne und Verluste der Gesellschaft (*d*). 3. Hat einer der Mitglieder das gemeinschaftliche Vermögen, oder einen Theil desselben verwaltet, so haftet er für diligentia, wie er sie in seinen eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt (*e*); er ist Rechnung von seiner Verwaltung abzulegen und für das zu seinem Privatvortheil verwendete Geld der Gesellschaft Zinsen zu zahlen verpflichtet (*f*), dagegen aber auch berechtigt, für dasjenige, was er zum Vortheil der Societät aus seinem Vermögen aufwandte, verhältnißmäßigen Ersatz von jedem Mitgliede zu fordern (*g*). 4. Die auf Erfüllung aller dieser Verbindlichkeiten gerichtete Klage, welche jeder socius gegen den andern anstellen kann, und welche immer eine actio directa ist, heißt actio pro socio (*h*). Jeder socius hat indeß gegen den andern das s. g. beneficium competentiae, d. h. er kann wegen desjenigen, was er dem andern aus der Societät schuldig geworden ist, nur in id, quod facere potest, condemnirt werden (*i*).

(*a*) fr. 52. §, 8. fr. 73. D. 17. 2. Wer gar keine Beiträge leistet und doch Antheil am Gewinn haben soll, ist im Verhältniß zu den übrigen nicht als socius, sondern als donatarius anzusehen. fr. 5. §. 2. D. ibid.

(*b*) fr. 5. §. 1. fr. 71. pr. D. 17. 2. — const. 1. C. 4. 37.
(*c*) fr. 57. D. 17. 2. — fr. 70. §. ult. D. 46. 1.
(*d*) Gajus III. §. 149. 150. — §. 1. 2. 3. J. 3. 25 (26.) — fr. 6. fr. 29. pr. fr. 76—80. D. 17. 2. — Glück Comm. Th. 15. S. 406 ff. — Treitschke S. 110 ff. — A. van Rhenen explicatio L. 29. D. pro socio. L. B. 1824. — Unterholzner B. 2. S. 383. — v. Vangerow §. 655. — Die Verabredung, nach welcher der eine socius allen Gewinn, der andere allen Schaden allein haben soll (s. g. societas leonina), kann nicht als Societät, wohl aber als Schenkung bestehen. fr. 29. §. 2. D. 17. 2.
(*e*) fr. 72. D. ibid. — §. ult. J. 3. 25. (26). — Löhr Theorie der Culpa S. 169. Mag. B. 4. (2.) S. 500. — Hasse von der Culpa §. 69. — Die Verurtheilung eines Gesellschafters bei der actio pro socio hat die Infamie desselben zur Folge. fr. 1. fr. 6. §. 6. D. 3. 2. Geht durch Zufall eine dem Eigenthume nach gemeinschaftliche Sache zu Grunde, so trifft der Schaden alle, sonst nur den, dem sie gehört. fr. 52. §. 3. 4. fr. 58. pr. §. 1. D. 17. 2.
(*f*) fr. 67. §. 1. D. ibid. — fr. 1. §. 1. D. 22. 1. — Dasjenige Geld, welches ein socius gemeinschaftlich machen muß, hat er zu verzinsen, insoweit er mit der Ablieferung desselben im Verzug war und es zugleich zu seinem Besten verwendete. fr. 60. pr. D. 17. 2.
(*g*) fr. 38. §. 1. D. 17. 2. vergl. mit fr. 67. §. 2. ibid.
(*h*) §. 9. J. 3. 25. (26.) — fr. 31. D. 17. 2. — §. 28. J. 4. 6.
(*i*) fr. 63. pr. D. 17. 2. — fr. 16. D. 42. 1. — Schöman Handb. des Civilr. B. 2. S. 63. u. 363. — Glück S. 428 ff. — Gans im Arch. für civ. Pr. B. 2. Nr. 21. 33 und Gensler ebend. Nr. 22. — Fritz Erläut. H. 3. (B. 2. H. 1.) S. 118 ff. — Marezoll in s. und Linde's Zeitschr. B. 14. Nr. 9. — Puchta Pand. §. 145 Note *p*. — v. Vangerow B. 1. §. 174. Anm. 2. Nr. 7.

§. 388.

D. Rechtsverhältniß der socii zu dritten Personen (*a*).

In Ansehung des Verhältnisses der Gesellschafter zu dritten Personen sind folgende Fälle zu unterscheiden: 1. Wenn alle Gesellschafter selbst mit einem Dritten contrahirt haben, so kann in der Regel jeder einzelne socius die aus diesem Geschäfte entspringende Klage nur pro rata gegen den Dritten anstellen, es müßte ihm denn von den übrigen zugleich Vollmacht ertheilt sein, oder eine obligatio in solidum vorhanden sein (*b*). Ebenso kann aber auch jeder der Gesellschafter von dem Dritten, sowohl während der Societät, als nach Aufhebung derselben, in der Regel nur pro rata belangt werden, wenn sie sich nicht in solidum verpflichtet haben (*c*). 2. Wenn hingegen nicht alle Gesellschafter zusammen mit dem Dritten contrahirt haben, so kommt es weiter darauf an (*cc*): a) ob der Contract von dem Vorsteher oder Factor der Gesellschaft für dieselbe eingegangen ist, dann muß dieser zunächst klagen (*d*), die einzelnen Gesellschafter können nur ex iure cesso desselben, oder wenn sie sonst keine Befriedigung von ihm erhalten können, utiliter pro rata klagen (*e*); umgekehrt aber können die Gesellschafter von dem Dritten mit der exercitoria oder insitoria actio (§. 476, 477), und zwar in solidum, in Anspruch genommen werden (*f*); b) oder ob der Contract blos von Einem der Gesellschafter, der nicht Factor ist, geschlossen worden, dann ist nur allein der contrahirende socius gegen den Dritten zu klagen befugt und den übrigen Gesellschaftern bleibt, den Fall einer freiwilligen Cession ausgenommen, nichts übrig, als ihren etwaigen Regreß gegen ihren Mitgesellschafter zu nehmen (*g*). Dagegen versteht es sich auch von selbst, daß der contrahirende socius dem Dritten in solidum verpflichtet ist (*h*) und daß die übrigen Gesellschafter dem Dritten (*hh*) nicht anders verpflichtet werden, als wenn eine versio in rem nachgewiesen werden kann, und auch alsdann ein jeder nur pro rata (*i*).

(a) Lauterbach de sociorum obligatione, quae oritur ex conventione cum extraneis inita; in Eiusd. Disput. iurid. Vol. 3. nr. 20. — Glob. Eus. Oeltze Pr. Quatenus socii ob sociale debitum in solidum teneantur? Helmstad. 1784. – Kind quaest. for. Ed. 1. T. 1. qu. 20 und ausführlicher in Ed. 2. T. 4. qu. 17. — Biener Quaest. cap. 74. Lips. 1820 et in eiusd. opusc. ed. Fr. Aug. Biener V. II. nr. 67. — Glück Th. 15. S. 460. — von der Nahmer Entsch. des OAG. zu Wiesbaden B. 2. Nr. 17. — Kritz S. 126 ff. — Thöl Handlsr. B. 1. S. 114 ff. — Treitschke S. 173 ff. — v. Vangerow §. 653. Ueber das Verhältniß eines s. g. stillen Gesellschafters zu dritten Personen s. von Langenn und Kori Erört. Th. 2. Nr. 16.
(b) fr. 11. §. 1. D. 45. 2. — const. 9. C. 4. 2.
(c) fr. 44. §. 2. D. 21. 1.
(cc) Das Folgende gilt nach Röm. Rechte. Ueber das heutige Recht s. oben §. 178. Note bb u. §. 361. Note *.
(d) fr. 38. §. 17. fr. 126. §. 2. D. 45. 1. — fr. 1. §. 18. D. 14. 1. — fr. 1. D. 14. 3.
(e) fr. 1. in fin. fr. 2. D. 14. 3. — fr. 5. D. 46. 5. — fr. 13. §. 2. D. 19. 1.
(f) fr. 13. §. 2. fr. 14. D. 14. 3. — fr. 1. §. 25. fr. 2. fr. 4. §. 1. D. 14. 1.
(g) fr. 67. §. 1. fr. 74. D. 17. 2.
(h) fr. 28. fr. 63. §. 3. D. 17. 2. — const. 13. D. 4. 2.
(hh) Wenn nicht die actio quasi institoria begründet ist, s. unten §. 480.
(i) fr. 82. D. 17. 2. Ueber diese Klage s. v. Vangerow a. a. O. Ueber den Fall der nachfolgenden Genehmigung s. fr. 60. D. 50. 17.

§. 389.

E. Ende der Societät.

Die Societät hört auf: 1. wenn alle Mitglieder sich über die Aufhebung derselben vereinigen (a); 2. wenn auch nur Ein Mitglied aus derselben austritt, was jedem frei steht, insofern die Aufkündigung nur nicht zur Unzeit oder in der böswilligen Absicht erfolgt, einen sonst gemeinschaftlichen Gewinn für sich allein zu machen (b); 3. wenn ein Mitglied stirbt (c); in diesem wie in dem vorigen Falle hört die Societät auch unter den übrigen auf (cc); 4. wenn die Zeit, auf welche sie eingegangen ist, abgelaufen (d), oder das Geschäft, zu welchem sich die socii vereinigt haben, beendigt ist (e); 5. wenn ihr Gegenstand zu Grunde geht (f), und 6. wenn das Vermögen eines socius confiscirt wird, oder in Concurs geräth, es wäre denn, daß gerade dieser socius keine Beiträge an Geld, sondern nur Dienste zu leisten hätte (g). Auf die Rechte dritter Personen hat die Auflösung der Societät keinen Einfluß (h).

(a) fr. 65. §. 3. D. 17. 2.
(b) §. 4. J. 3. 25. (26.) — fr. 63. §. 10. fr. 64. fr. 65. §. 3. 6. D. 17. 2. Auch kann nicht verabredet werden „ne abeatur". fr. 14. D. ibid. — Ueber die Folgen der unzeitigen oder betrügerischen Renunciation: §. 4. J. cit. — fr. 17. §. 1. D. ibid. — Glück S. 469 ff. — Fried. Ernst. Roman über den einseitigen Rücktritt von einem abgeschlossenen Gesellschafts-Vertrage und dessen rechtlichen Wirkungen. Heilbronn 1825. — Höpfner im Arch. für civ. Pr. B. 14. S. 262 ff. S. 440 ff. — Kritz S. 96 ff. — Treitschke S. 178 ff.
(c) fr. 59. pr. fr. 58. §. 2. D. 17. 2.
(cc) §. 5. J. 3. 25. (26.) Bleiben die übrigen nach dem Tode eines ihrer Mitglieder in der Gesellschaft, oder treten die Erben des Verstorbenen für ihre Person in dieselbe ein, so ist sie als von neuem eingegangen anzusehen. fr. 37. D. 17. 2. Es versteht sich indeß von selbst, daß die Erben des Verstorbenen, als solche, alles fordern können, was dieser aus der Gesellschaft zu fordern berechtigt war, daß sie dagegen aber auch alles zahlen müssen, was ihr Erblasser der Societät bis zu seinem Tode schuldig geworden ist. fr. 65. §. 9. fr. 35. fr. 40. fr. 63. §. 8. D. ibid.
(d) fr. 65. §. 6. D. ibid.
(e) §. 6. J. 3. 25. (26.)
(f) fr. 63. §. 10 in fin. D. ibid.
(g) §. 7. 8. J. ibid. — fr. 65. §. 1. D. ibid.
(h) fr. 27. 28. D. ibid.

§. 390.

V. Bevollmächtigungscontract. A. Begriff.

Der Bevollmächtigungscontract (mandatum) (*a*) ist derjenige Vertrag, wodurch Jemand einem Andern Auftrag gibt, seine Geschäfte zu besorgen und dieser die Besorgung zu übernehmen verspricht (*b*). Jener heißt mandans oder qui mandavit (*bb*), dieser wenigstens bei den Neueren (*bbb*) mandatarius. Nur erlaubte Geschäfte können den Gegenstand eines Mandats ausmachen (*c*). Das Versprechen einer Belohnung gehört weder zum Wesen des Mandates noch ist es dabei gewöhnlich. Dasselbe bewirkt auch in der Regel, daß der Vertrag kein Mandat ist (*d*). Eine Ausnahme tritt aber ein, wenn das übernommene Geschäft weder zu den Diensten gehört, welche vermiethet zu werden, noch zu den sonstigen Arbeiten, welche Gegenstand eines Gewerbes zu sein pflegen (*e*). In solchen Fällen (*f*) kann ein versprochenes Honorar schon nach Römischem Rechte eingeklagt werden (*g*).

(*a*) Cajus III. §. 155. — Inst. 3. 26. (27.) — Dig. 17. 1. — Cod. 4. 35. — Donelli comm. iur. civ. Lib. 13. c. 10—14. Lib. 16. c. 23. — Aug. Buchner Versuch einer Theorie des Vollmachtsvertrages nach Röm. Rechte. Landshut 1809. — Gesterding Beiträge zur Lehre vom Mandat; in Dessen Irrth. der Rechtsgelehrten nr. 6. — Glück Comm. Th. 15. §. 950—960. — Bucher Recht der Forderungen §. 75—79. — van Dam Diss. de mandato. L. B. 1824. — M. J. D. Graafland Diss. de mandato. Traj. ad. Rh. 1829. — Kritz Pandektenrecht Th. 1. B. 1. S. 1 ff. — Unterholzner B. 2. S. 585 ff. — Koch B. 3. S. 442 ff. — Heimbach im Rechtslexicon B. 7. S. 12 ff. — molitor T. 2. p. 375 seq.

(*b*) Ueber den Unterschied zwischen mandatum, iussus und consilium s. §. 6. J. ibid. — fr. 6. §. 5. fr. 12. §. 12. D. ibid. — fr. 47. pr. D. 50. 17. — (Oft wird auch angeführt fr. 2. D. 2. 2.) — Thibaut Versuche B. 1. nr. 8. — Schöman Handb. des Civilr. B. 2. S. 221. — Neustetel im Arch. für civ. Praxis B. 2. nr. 4. — Gesterding a. a. O. S. 197. — v. Vangerow §. 659. Vergl. auch: Gottschalk Disc. for. T. 1. c. 8. — Hepp im Arch. für civ. Pr. B. 11. Nr. 3. — Seuffert ebend. B. 11. S. 372. — Heimbach im Rechtslexicon B. 9. S. 451 ff.

(*bb*) S. auch §. 391. Note *a*.

(*bbb*) Ueber Römische Bezeichnungen s.: Gajus III. §. 160. — §. 10. J. 3. 26. (27.) — fr. 27. §. 3. D. 17. 1. — fr. 1. pr. D. 3. 1.

(*c*) §. 7. J. 3. 26. (27.) — fr. 6. §. 3. fr. 22. §. 6. D. 17. 1.

(*d*) §. 13. J. 3. 26. (27.) — fr. 1. §. 4. fr. 36. §. 1. D. 17. 1. — fr. 13. 22. D. 19. 5. — const. 15. C. 2. 13. — Anders ist es, wenn ein Honorar ohne vorausgegangenes Versprechen gegeben wird. fr. 6. pr. D. 17. 1.

(*e*) Sintenis prakt. Civilr. §. 113. Note 8 und die dort angeführten Schriftsteller. — v. Keller Pand. §. 313.

(*f*) Z. B. für Stellvertretung vor Gericht.

(*g*) Wenigstens mit einer extraordinaria actio. fr. 7. D. 17. 1. — fr. 1. §. 10—12. D. 50. 12. — const. 13. §. 9. C. 3. 1. — const. 1. C. 4. 35.

§. 391.

B. Arten des Mandats.

Der Auftrag ist: 1. in Rücksicht seines Gegenstandes und Zweckes von besonderer Natur: a) wenn er darauf geht, daß der Mandatar in seiner Angelegenheit einem Dritten Credit geben soll. Hier enthält er eine Art von Intercession des Mandanten, welcher mandator heißt (*a*), für den Dritten. Einen solchen Auftrag nennt man jetzt mandatum qualificatum, während jeder andere mandatum simplex heißt. b) Wenn der Mandatar zum procurator in rem suam ernannt wird, d. h. wenn ihm Jemand die Anstellung einer Klage in der Absicht aufträgt, ihm dieselbe durch diesen Auftrag zu

cediren (§. 333). Die Neueren nennen einen solchen Auftrag mandatum in rem suam, während sie jeden anderen mandatum in rem alienam nennen. Mit dem s. g. mandatum in rem suam und überhaupt mit der Cession ist nicht zu verwechseln die Anweisung, Assignation (*b*), wodurch der Assignatar ermächtigt wird, bei dem Assignaten Geld oder eine sonstige Leistung mit der Wirkung zu erheben, als ob der Assignant sie für sich erhoben und dann an den Assignatar abgeliefert hätte. 2. In Ansehung des Umfanges kann sich der Auftrag entweder auf alle Geschäfte des Mandanten, oder auf eine Gattung von Geschäften oder auf ein einzelnes besonderes Geschäft beziehen. In den beiden ersten Fällen ist es mandatum generale, im letzten mandatum speciale (*c*). 3. In Ansehung der Form ist der Auftrag entweder ein ausdrücklicher oder stillschweigender. Letzterer ist insbesondere dann anzunehmen, wenn Jemand weiß, daß ein Anderer seine Geschäfte besorgt und dazu schweigt (*d*). Ratihabirt Jemand ein Geschäft, welches ein Anderer für ihn, ohne besondern Auftrag und ohne sein Vorwissen, besorgt hat, so ist dieß in Bezug auf ihn selbst (nicht aber auch in Beziehung auf den negotiorum gestor) so gut, als wenn er ausdrücklich Auftrag dazu ertheilt hätte (*e*). 4. Eine besondere Art von Mandatarien sind im Grunde auch die Mäkler (proxenetae), deren man sich zur Vermittelung und Abschließung kaufmännischer Geschäfte bedient. Sie erhalten in der Regel einen Mäklerlohn, welcher proxeneticum heißt, und sind, wenn beide Parteien sich ihrer Hilfe bedient haben, in Betreff des durch sie abgeschlossenen Geschäftes giltige Zeugen; waren sie aber nur der einen Partei bedient, so können sie zwar gegen dieselbe, aber nicht für dieselbe zeugen (*f*).

(*a*) fr. 12. §. 14. 15. fr. 32. fr. 28. D. 17. 1. — fr. 13. fr. 41. §. 1. D. 46. 1. Doch wird auch jeder mandans so genannt. fr. 22. §. 11. D. 17. 1. — Neustetel und Zimmern Untersuchungen S. 255.

(*b*) pr. §. 1—6. J. 3. 26. (27.) — fr. 34. pr. D. 17. 1. — Car. Phil. Sicherer Comm. de assignationibus. Giess. 1782. — Car. Frid. Günther de assignationibus Spec. I. et II. Lips. 1829. — Mühlenbruch von der Cession der Forderungsrechte §. 18. S. 226 ff. — Cropp in s. und Heise's jur. Abh. B. 2. Nr. 13. — Thöl Handelsr. B. 1. §. 121 ff. — Puchta Pand. §. 326 und s. Vorles. dazu — Unger die rechtl. Natur der Inhaberpapiere S. 73 ff. — v. Keller Pand. §. 317.

(*c*) fr. 1. §. 1. fr. 58. 60. 63. D. 3. 3.

(*d*) fr. 60. D. 50. 17. — fr. 18. fr. 53. D. 17. 1.

(*e*) fr. 60. D. 50. 17. Vergl. const. 3. C. 3. 32. — cons. 3. C. 8. 38. — fr. 9. D. 3. 5. — C. Th. Welcker interpretatio L. 9. D. de negotiis gestis, iuncta L. 60. D. de div. reg. iuris. Giess. 1813. — Thibaut Vers. Bd. 2. Nr. 10. — G. G. Busse de ratihabitione. Lips. 1834. pag. 46 seqq. — von Vangerow §. 664. Anm. 1. Nr. III. — Kritz Pandektenr. Th. 1. B. 1. S. 348 ff. — Chambon die neg. gestio §. 5 u. 6. — Ruhstrat im Arch. f. civ. Pr. B. 33. S. 230 ff. — Leist civ. Studien B. 2. S. 143 ff. — Stintzing in d. krit. Zeitschr. B. 3. S. 174 ff.

(*f*) D. 50. 14. — J. G. Silberrad de sensalibus, vulgo Mäklern. Altd. 1711. — Hier. Frid. Schorch Diss. de proxenetis. Erford. 1766.

§. 392.

C. Rechtsverhältniß der Contrahenten unter sich.

Aus dem Mandate entstehen zweifache Rechtsverhältnisse, einmal zwischen den Contrahenten unter sich, und dann auch zwischen diesen und dritten Personen, mit welchen der Mandatar, als solcher, contrahirt hat. Im Verhältniß der Contrahenten unter sich ist nun: 1. der Mandatar verpflichtet: a) das von ihm übernommene Geschäft dem erhaltenen Auftrage gemäß zu verrichten (*a*); b) er muß dem Mandanten Alles, was er durch die

Ausrichtung des Auftrags erwarb, herausgeben, zu dem Ende Rechnung ablegen und das erhobene Geld, wenn er es in seinen Nutzen verwendet hat oder mit der Ablieferung desselben in Verzug kommt, verzinsen (*b*); endlich c) ist er für jede culpa zu haften verbunden (*c*). 2. Der Mandant ist dagegen verpflichtet: a) dem Mandatar alle diejenigen Kosten, und zwar mit Zinsen, zu erstatten, welche dieser zur Ausrichtung des Geschäftes verwendet hat, selbst wenn dieses ohne sein Versehen den beabsichtigten Erfolg nicht gehabt haben sollte (*d*); b) er muß denselben von den für ihn übernommenen Verbindlichkeiten befreien (*e*) und ist ihm c) ebenfalls für jede culpa verantwortlich (*f*). Für den blos zufälligen Schaden, den der Mandatar bei Ausrichtung des Geschäfts erleidet, haftet er aber nicht (*g*). 3. Die aus dem Mandate entspringende Klage der Contrahenten gegen einander heißt mandati actio. Diese ist directa, wenn der Mandant gegen den Mandatar, contraria, wenn dieser gegen jenen auf die Erfüllung der Contractsverbindlichkeiten klagt (*h*).

(*a*) §. 11. J. 3. 26. (27.) — fr. 27. §. 2. fr. 5. pr. §. 1. D. 17. 1. „Diligenter fines mandati custodiendi sunt.“ §. 8. J. ibid. — fr. 3. §. 2. fr. 4. fr. 5. pr. §. 3. 4. fr. 36. §. 3. fr. 41. 46. D. ibid. Ueber das Substitutionsrecht des Mandatars: fr. 8. §. 3. D. ibid. — fr. 28. D. 3. 5. — cap. ult. de procur. in VI. — Thibaut Versuche B. 2. Nr. 6 und E. Spangenberg in Hagemann's prakt. Erört. Th. 8. Abth. 2. Nr. 15.

(*b*) fr. 10. §. 3. 8. fr. 12. §. 10. fr. 20. pr. D. 17. 1.

(*c*) const. 11. 13. 21. C. 4. 35. — fr. 22. §. 11. D. 17. 1. — fr. 1. §. 12. D. 16. 3. Löhr Theorie der Culpa S. 169. Mag. B. 4. (2.) S. 501. — Hasse von der Culpa S. 474. 2. Aufl. S. 359 ff.

(*d*) fr. 10. §. 9. fr. 12. §. 7—9. fr. 27. §. 4. D. 17. 1. Vergl. fr. 7. D. ibid. — const. 17. C. 4. 35.

(*e*) fr. 45. §. 1—5. D. ibid.

(*f*) fr. 61. §. 5. D. 47. 2.

(*g*) fr. 26. §. 6. 7. D. 17. 1.

(*h*) §. 28. J. 4. 6. — W. C. B. Wintgens Diss. de actione mandati directa. L. B. 1807. — Bei jener zieht die Verurtheilung nach Röm. Rechte immer Infamie nach sich, fr. 1. fr. 6. §. 6. D. 17. 1, und zuweilen auch bei dieser, fr. 6. §. 5. D. ibid.

§. 393.

D. Rechtsverhältniß des Mandanten zu dritten Personen, mit welchen der Mandatar contrahirt hat.

Die Forderungen gegen dritte Personen, die durch den Mandatar als solchen erworben werden, stehen in der Regel (*a*) zunächst ihm selbst, nicht dem Mandanten, zu (*b*); dieser kann aber nicht nur Cession derselben verlangen (*c*), sondern auch in manchen Fällen (*d*), und besonders, wenn er nur auf diesem Wege zu dem Seinigen kommen kann (*e*), ohne Cession actione utili gegen den Schuldner klagen (*f*). Ebenso sind die Schulden, die durch den Mandatar bei dritten Personen contrahirt werden, zunächst die seinigen (*g*); der Gläubiger kann aber bald nach dem prätorischen Edict mit der exercitoria oder institoria actio, bald mit der durch den Gerichtsgebrauch aufgekommenen quasi institoria actio, gegen den Mandanten unmittelbar klagen (*h*).

(*a*) Die Forderung aus dem Darlehen, welches der Mandatar im Namen des Mandanten gegeben, und aus der indebiti solutio, welche er für denselben vorgenommen hat, steht, weil sie durch eine Leistung contrahirt wurde, die als von dem Mandanten herrührend angesehen wird, nicht dem Mandatar, sondern dem Mandanten zu. fr. 2. §. 4. fr. 9. §. 8. D. 12. 1. — fr. 126. §. 2. D. 45. 1. — fr. 6. 57. pr. D. 12. 6. — const. 4. C. 4. 2. — Mühlenbruch Cession. §. 11. S. 118 ff.

(*b*) Vat. Fragm. §. 328. 332. — fr. 67. 68. D. 3. 3. — fr. 11. §. 6. D. 13. 7. — fr. 10. §. 6. fr. 49. D. 17. 1. — fr. 49. §. 2. D. 41. 2. — const. 7. C. 4. 50.

(*c*) fr. 8. §. 5. 10. in f. fr. 43. fr. 45. pr. §. 5. fr. 59. pr. D. 17. 1. — fr. 49. §. 2. D. 41. 2. — const. 2. C. 4. 27.
(*d*) fr. 26. D. 12. 1. — fr. 27. 28. D. 3. 3. — fr. 5. D. 46. 5.
(*e*) fr. 1. in f. fr. 2. D. 14. 3. — fr. 5. cit.
(*f*) Manche behaupten, das Römische Recht lasse immer eine utilis actio zu, besonders in fr. 13. §. 25. D. 19. 1. S. aber Mühlenbruch S. 145 ff. — Fritz Erl. H. 3. (B. 2. H. 1.) S. 233. Ueber das heutige Recht s. oben §. 178, Note *bb* u. §. 361, Note *.
(*g*) fr. 67. D. 3. 3. — fr. 1. §. 17. D. 14. 1. — fr. 1. D. 14. 3.
(*h*) S. unten Cap. 3. Tit. 3.

§. 394.

E. Ende des Mandats (*).

Das Mandat hört ohne Erfüllung auf: 1. mit Einwilligung beider Theile (*a*); 2. mit dem Tode des einen oder des andern Theils (*b*); 3. durch einseitige Revocation von Seiten des Mandanten (*c*) und 4. durch einseitige Aufkündigung von Seiten des Mandatars (*d*); nur darf in jenem, wie in diesem Falle die einseitige Aufkündigung nicht zur Unzeit erfolgen (*e*).

(*) Glück Comm. Th. 15. S. 331 ff.
(*a*) §. 4. J. 3. 29. (30.)
(*b*) §. 10. J. 3. 26. (27.) — fr. 12 §. 17. fr. 26. pr. fr. 27. §. 3. fr. 57. 58. D. 17. 1. — const. 15. C. 4. 35. — Gesterding Irrth. der Rechtsgel. S. 208. — Zimmern im Arch. für civil. Praxis B. 4. S. 235. — Dietzel in Linde's Zeitschr. n. F. B. 13. Nr. 13.
(*c*) §. 9. J. ibid. — fr. 15. D. 17. 1.
(*d*) §. 11. J. ibid. — fr. 22. §. 11. fr. 23—25. D. ibid. — Gesterding in Linde's Zeitschr. B. 15. Nr. 1.
(*e*) const. 13. §. 9. const. 14. §. 1. C. 3. 1.

II. Obligationes, quae re contrahuntur.

§. 395.

Begriff und Arten derselben.

Bei vielen Verträgen wird die obligatio und actio nicht schon durch wechselseitige Einwilligung, sondern erst dadurch ohne die Förmlichkeit der verborum obligatio begründet, daß der Eine dem Andern Etwas gibt oder sonst leistet, was dieser ihm wiedergeben, oder wofür er ihm etwas Anderes leisten soll. Auf alle diese Fälle bezieht man gewöhnlich den Römischen Ausdruck: obligationes quae re contrahuntur (*a*), welchem der neuere Ausdruck Realcontracte entspricht. Diese Contracte sind aber von zweierlei Art. Einige derselben haben einen besonderen Namen (proprium nomen), und es entsteht daraus eine darnach besonders benannte Klage. Diese nennt man jetzt contractus nominati, und diese sind immer auf Zurückgabe der gegebenen Sache gerichtet. Andere haben bei den Römern keinen besondern Namen und es wird daraus blos eine praescriptis verbis actio gegeben, die später eingeführt wurde, als die erwähnten besonders benannten Klagen. Diese nennt man jetzt contratus innominati, und diese gehen zwar zuweilen auch auf Rückgabe einer hingegebenen Sache, meistens aber auf eine andere bestimmte Gegenleistung (*b*). Die Römer gebrauchen den Ausdruck re contrahitur obligatio zunächst nur für die heutzutage sogenannten contractus reales nominati. Sowohl diesen als den Innominatcontracten geht oft ein dieselben vorbereitender Vertrag (s. g.

pactum antecedens) voraus, welcher auf bloßer Einwilligung beruht. Ein solcher war bei den Römern als bloßes pactum nicht klagbar (*c*).

(*a*) Inst. 3. 14. (15.)
(*b*) fr. 1—3. D. 19. 5.
(*c*) fr. 7. §. 4. D. 2. 14. — fr. 34. pr. D. 17. 1. — Bei uns kann allerdings daraus geklagt werden (§. 363 a).

A. S. g. contractus reales nominati.

§. 396.

I. Darlehen. A. Begriff.

Zu den benannten Realcontracten gehört: 1. das Darlehen oder die Anleihe (mutuum s. res creditae) (*a*), wenn Jemand dem Andern eine Summe Geldes oder eine Quantität anderer fungibler Sachen in der Absicht übergibt, daß dieser Eigenthum daran erlangen und ihm dereinst eben so viel von derselben Güte (rem in genere, s. in eadem quantitate et qualitate) wiedergeben soll (*b*).

(*a*) Gajus III. §. 90. — pr. Inst. 3. 14. (15.) — Dig. 12. 1. — Cod. 4. 1. — 4. 2. — Donelli comm. iur. civ. Lib. 14. c. 1 — Herm. ab Idsinga Diss. de mutuo et veteri literarum obligatione. Franeq. 1736 und in Oelrichs thes. nov. diss. Belg. Vol. 1. T. 1. pag. 107. — Glück Comm. Th. 11 und 12. §. 776—788. — Bucher Recht der Ford. §. 92. 93. — C. Th. Hoyer Diss. de mutuo sec. iur. Rom. et hod. principia. L. B. 1824. — W. H. Puchta Handb. der freiw. Gerichtsbarkeit. 2te Ausg. Th. 2. §. 167—172. — Unterholzner Schuldverh. B. 2. S. 10 ff. — Koch Recht der Ford. B. 3. S. 259 ff. — Molitor T. 2. p. 453 seq. Ueber das *credere* s. besonders: fr. 1. fr. 2. §. 3. 5. D. 12. 1. — Heimbach die Lehre von dem Creditum. Leipz. 1849. S. 131 ff.
(*b*) pr. J. 3. 14. (15). — fr. 2. 3. D. 12. 1. — fr. 1. §. 2. D. 44. 7. — Ein Contract in Gestalt eines feierlichen Darlehens war das ehemalige *nexum*. *Varro* de ling. lat. VII. 105. — Festus v. nexum et v. nexum aes. — Cic. de orat. III. 40. — Gaj. III. §. 173—175. — v. Keller Grundriß zu Vorl. über Institutionen ꝛc. §. 115. — Es wurden dabei ähnliche Solennitäten beobachtet wie bei der mancipatio (per aes et libram geritur). Wir werden unten Abschn. 3 auf dieses Geschäft zurückkommen.

§. 397.

B. Wirkung desselben.

Zur Perfection dieses Contractes ist die Uebergabe des Gegenstandes desselben wesentlich erforderlich, diese selbst kann aber auch brevi manu (*) oder durch einen Stellvertreter des Darleihers (**) erfolgen (*a*). Die Wirkung des wirklich gegebenen Darlehens besteht: 1. darin, daß der Empfänger Eigenthümer der ihm geliehenen Sachen wird (*b*). Eben deshalb kann auch nur derjenige ein Darlehen geben, welcher Eigenthümer des Geldes, oder was sonst den Gegenstand des Contractes ausmacht, ist (*c*) und freie Disposition über sein Vermögen hat (*d*). 2. Der Empfänger ist verpflichtet, das empfangene Darlehen zur bestimmten Zeit zurückzugeben; da er aber nicht dieselben Sachen, welche er empfangen hat, sondern nur eine gleiche Quantität derselben von gleicher Güte zurückzugeben hat, so muß er auch die Gefahr der empfangenen Sachen tragen (*e*). 3. Die dem Darleiher auf Zurückerstattung des Darlehens zustehende Klage heißt actio mutui oder condictio certi ex mutuo (*f*). Dabei wird vorausgesetzt, daß der Empfänger eine solche Person ist, die sich

verpflichten kann (*g*). 4. Zinsen sind bei diesem Contracte nichts Wesentliches, sie verstehen sich daher auch nicht von selbst, sondern müssen immer besonders verabredet sein, wo das Darlehen alsdann foenus oder pecunia foenebris genannt wird (*h*). Auch Verzugszinsen können mit der condictio ex mutuo als einer stricti iuris actio nach Römischem Rechte nicht verlangt werden (*i*) (§. 349).

(*) Z. B. an den bisherigen Depositar. fr. 9. §. ult. D. 12. 1. — fr. 34. pr. D. 17. 1. voc.: „Nec huic simile esse" etc.

(**) S. oben §. 393. Note *a*. Auch wenn der Stellvertreter, z. B. der Schuldner des Darleihers, seine eigenen Sachen im Namen desselben hingibt. fr. 2. §. 4. fr. 9. §. 8. D. 12. 1. Vergl. fr. 34. pr. cit. Ja selbst wenn derselbe ohne Auftrag als bloßer negotiorum gestor handelt. fr. 9. §. 8. cit.

(*a*) Seit Ulpian's Zeit reicht es auch hin, wenn der Gläubiger mit demjenigen, der ihm Geld oder andere fungible Sachen aus einem andern Rechtsgrunde schuldig ist, ausmacht, er solle das Schuldige als Darlehen behalten. fr. 15. D. 12. 1. — Vergl. fr. 34. pr. cit. Noch weiter geht fr. 11. pr. D. 12. 1. Vergl. ebenfalls fr. 34. cit.

(*b*) pr. J. 3. 14. (15.) — „in hoc damus, ut accipientium fiant." Vergl. fr. 2. §. 2. fr. 13. fr. 41. D. 12. 1. — GAJUS III. §. 90. — CUJACII observ. XI. 37. — A. M. ist zwar CLAUD. SALMASIUS in Tract. de usuris. Lugd. Bat. 1639 cap. 8. et in libro de modo usurarum. Ibid. 1639; allein man s. dagegen insbesondere: CAR. ANN. FABROTI replicatio adversus Claudii Salmasii refutationem, in qua mutuum alienationem esse ostenditur (in OTTONIS Thes. T. 3. p. 1237.) und WILH. GOESII vindiciae pro recepta de mutui alienatione sententia. Ed. nov. cur. Jo. FR. EISENHART. Hal. et Helmst. 1768.

(*c*) War derjenige, welcher das Anlehen gab, nicht Eigenthümer der Sache, so kann es auch der Empfänger nicht werden, wenn nicht noch ein anderer Grund hinzutritt. Dieß ist aber der Fall, wenn er die empfangenen Sachen usucapirt oder in gutem Glauben mit den seinigen vermischt hat. fr. 78. D. 46. 3. Das Darlehen convalescirt aber auch dadurch, daß der Empfänger, ohne Eigenthümer zu werden, dieselben Vortheile erlangt, wie wenn er es geworden wäre, namentlich wenn er die empfangenen Sachen in gutem Glauben consumirt. fr. 11. §. 2. fr. 19. §. 1. D. 12. 1. Von einem ganz anderen Falle handelt fr. 32. D. ibid. Darüber vergl.: JOH. LUD. CONRADI de Juventiana condictione, quae est in L. 32. D. de reb. cred. Marb. 1773. — Glück Comm. Th. 12. S. 25 ff. Th. 13. S. 200.

(*d*) §. 2. J. 2. 8. — fr. 19. §. 1. fr. 12. D. 12. 1.

(*e*) §. 2. J. 3. 14. (15.) — fr. 1. §. 4. D. 44. 7. — fr. 42. D. 23. 3. — Wächter im Arch. für civ. Pr. B. 15. S. 130. — Ueber die Frage, wie es mit der Wiederbezahlung eines Geld-Darlehens bei verändertem Münzfuße zu halten ist? sehe man Glück Comm. Th. 12. §. 783, insbesondere aber: CHR. FRID. FELS (pr. ED. SCHRADER) Diss. quid debito pecuniario contracto, praesertim mutationibus circa pecuniam interim factis, solvendum sit? Tubing. 1814. — Pfeiffer prakt. Ausführungen B. 1. S. 51 und v. Savigny Obl.-Recht. B. 1. §. 40 ff., besonders §. 42—45.

(*f*) pr. J. 3. 14. (15.) — fr. 9. pr. D. 12. 1. — const. 5. C. 7. 35. — fr. 2. D. 26. 9. — const. 2. C. 5. 39.

(*g*) pr. §. 1. J. 1. 21. — fr. 13. §. 1. D. 12. 6.

(*h*) fr. 24. D. 19. 5. — const. 3. C. 4. 32. In der Regel mußte das Zinsversprechen bei den Römern in eine Stipulation eingekleidet werden, um klagbar zu sein. Ausnahmen enthalten: fr. 30. D. 22. 1. — fr. 5. §. 1. fr. 7. D. 22. 2. — const. 12. C. 4. 32. — Nov. 136. cap. 4.

(*i*) Auch nicht nach fr. 40. D. 12. 1, welches von Conventionalzinsen handelt, die für den Fall des Verzugs stipulirt sind. Schilling Lehrb. §. 266. Note *bb*. Ueber diese Stelle s. auch: CORN. VAN ECK Diss. de septem damnatis legibus Pandectarum s. crucibus Ictorum; in supplem. thes. MEERMANIANI p. 575. — CORN. VAN BYNKERSHOECK ad L. 40. D. de reb. cred. Lugd. Bat. 1699. — Glück Comm. Th. 4. S. 268. — Heutzutage sind allerdings Verzugszinsen zu bezahlen. R.-D.-A. von 1600. §. 139.

§. 398.

C. Sctum Macedonianum.

Nach einer besonderen Vorschrift des Scti Macedoniani (*a*) soll demjenigen, welcher einem Hauskinde Geld leiht, keine wirksame Klage auf Wiederbezahlung desselben, selbst nach dem Tode des Parens, gegeben werden (*b*). Gegen eine solche Klage steht demnach dem Kinde wie dem Parens eine peremtorische Einrede zu, die exceptio Scti Macedoniani (*bb*). Indessen läßt das Senatusconsult eine obligatio naturalis aus einem solchen Darlehen bestehen. Wenn daher die Schuld vom Kinde, oder vom Vater, oder vom Bürgen bereits wieder bezahlt ist, so kann das Gezahlte nicht mit der condictio indebiti zurückgefordert werden (*c*). Auch gibt es A. Fälle, in denen weder das Kind noch der Vater von der exceptio Scti Macedoniani Gebrauch machen können. Dahin gehört: 1. Wenn der Vater seine Einwilligung zu dem Darlehen gegeben, oder dasselbe in der Folge genehmigt hat (*d*). Als stillschweigende Einwilligung des Vaters wird es betrachtet, wenn derselbe weiß, daß sein Sohn Geld aufnimmt und nicht widerspricht (*e*). 2. Wenn der Vater seinen Sohn zum magister navis oder institor bestellt, oder ihm ein Peculium, um Handel damit zu treiben, gegeben hat, und der Sohn nun in jener Eigenschaft oder in Beziehung auf den ihm vom Vater gestatteten Handel ein Darlehen aufgenommen hat (*f*). 3. Wenn und in so weit der Betrag des Darlehens in des Vaters Nutzen verwendet worden ist, wohin auch gehört, wenn damit solche Ausgaben bestritten worden sind, welche dem Vater pflichtmäßig oblagen (*g*), und wenn das Kind Geld aufgenommen hat, um denselben aus der Kriegsgefangenschaft loszukaufen (*h*). 4. Wenn das Darlehen zur Abtragung einer andern vollkommen giltigen Schuld contrahirt und verwendet worden ist (*i*). 5. Wenn der Sohn zur Zeit der Aufnahme des Darlehens Soldat war (*k*), oder 6. wenn der Darleiher guten Grund hatte, den Sohn für sui iuris zu halten (*l*), und endlich 7. wenn das Darlehen selbst an und für sich ganz ungiltig ist, oder der Darleiher wegen seiner Minderjährigkeit Restitution verlangen kann (*m*). B. In andern Fällen wird nur dem Hauskinde selbst die exceptio Scti Macedoniani versagt. Dahin gehört: 1. Wenn das Kind ein seiner freien Verfügung unterworfenes Vermögen, also ein castrense oder quasi castrense peculium, oder auch ein s. g. peculium adventitium extraordinarium (§. 559 a. b.) besitzt, so haftet es bis zum Betrage dieses Vermögens unbedingt (*n*). 2. Wenn das Kind, nachdem es sui iuris geworden ist, das empfangene Darlehen ausdrücklich oder stillschweigend anerkannt oder genehmigt hat (*o*). Stillschweigend geschieht dieß, wenn das Kind, nachdem es sui iuris geworden ist, mit der Bezahlung der Schuld den Anfang macht, oder einen Bürgen dafür bestellt, wodurch in beiden Fällen die ganze Schuld genehmigt wird, oder wenn es ein Pfand für dieselbe bestellt, wodurch dann aber die Schuld nur bis zum Betrage des Pfandes genehmigt wird (*p*).

(*a*) Dieses Senatusconsult wurde unter Vespasian auf Veranlassung des von einem gewissen Macedo begangenen Vatermordes gegeben, nachdem schon eine Lex Claudia für den einen Fall, wenn ausbedungen wird, daß die Rückzahlung nach dem Tode des Vaters erfolgen soll, etwas Aehnliches verordnet hatte. Tacitus ann. 11. 13. — Suetonius in Vespas. c 11. — Zimmern R.-G. B. 1. §. 193. S. darüber: §. 7. J. 4. 7. und Theophilus ad. h. l. — Dig. 14. 6. — Cod. 4. 28. — Donelli comm. iur. civ. Lib. 12. c. 24—28. — Bernh. Henr. Reinold Diss. ad Sctum Macedonianum. Frcfti. a. V. 1717. et in eiusd. opusc. iur. p. 412. — A. W. Cramer de vita et legislatione Vespasiani Imp. p. 182. — C. G. Huebner Diss. ad Sctum Macedonianum. Lips. 1798. — Jac. Dav. Loebenstern Diss. de Scto Macedoniano.

Marb. 1828. — G. Dietzel das Sctum. Maced. Leipz. 1856. — Bucher Recht der Forderungen §. 94–96. — Glück Comm. Th. 14. §. 898–904. — Mühlenbruch Pandektenr. §. 575. — v. Vangerow B. 1. §. 245. — Schilling Lehrb. B. 3. § 268. — Unterholzner Schuldverh. B. 1. § 72. 73. — Sintenis prakt. Civilr. B. 1. S. 507 ff. 2. Aufl. S. 512 ff.

(*b*) fr. 1. pr. D. 14. 6. — §. 7. J. 4. 7. Es geht aber nur auf baaren Geldcredit (mutua pecunia), vorausgesetzt, daß bei anderm Creditgeben nicht in fraudem legis gehandelt wird. fr. 3. §. 3. D. ibid. — Weber nat. Verb. 4te Ausg. S. 214–217.

(*bb*) fr. 19. D. ibid. — Theophil. ad §. 7. J. cit.

(*c*) fr. 7. §. 15. 16. fr. 9. §. 4. 5. fr. 10. D. 14. 6. — fr. 40. pr. D. 12. 6. — Roßhirt Zeitschr. für Civil- und Crim.-R. B. 1. H. 2. S. 147. — v. Savigny Oblig.-Recht. B. 1. S. 77 ff.

(*d*) const. 2. 4. 5. 7. C. 4. 28. — fr. 7. §. 15. D. 14. 6.

(*e*) fr. 12. 16. D. ibid. — Hagemann prakt. Erört. Th. 8. Abth. 1. Nr. 12.

(*f*) fr. 7. §. 11. D. ibid. Vergl. unten Cap. 3. Tit. 3.

(*g*) Z. B. fr. 7. §. 12. 13. D. ibid. — const. 2. 5. C. ibid.

(*h*) Nov. 115. c. 3. §. 13.

(*i*) fr. 7. §. 14. D. ibid

(*k*) const. 7. § 1. C. ibid. A. M. ist Hagemann a. a. O. S. 34.

(*l*) fr. 3. pr. §. 1. fr. 19. D. ibid. — const. 2. C. ibid.

(*m*) Z. B. fr. 3. §. 2. D. ibid.

(*n*) fr. 1. §. 3. fr. 2. D. ibid. Für den Fall des s. g. p. adv. extraord. ist jedoch a. M. Seuffert Pand. §. 312. Note 10.

(*o*) const. 2. C. ibid.

(*p*) fr. 7. §. 16. fr. 9. pr. D. ibid. — Pet. Frid. Joppert Diss. de mutuo a filiofam. sui iuris facto tacite agnito. Giess. 1771. Ed. II. ibid. 1775. — Ueber fr. 9. pr. cit. s. noch besonders Glück Comm. Th. 14. S. 327. und Francke civ. Abh. S. 125.

§. 399.

D. Traiectitia pecunia.

Die Regel, daß der Schuldner von dem Augenblicke des Empfangs des Darlehens an die Gefahr desselben tragen muß (§. 397), leidet eine Ausnahme bei der traiectitia pecunia. Hierunter versteht man ein Darlehen in Geld, welches entweder selbst oder in Waaren, welche der Schuldner dafür gekauft hat, über See versendet werden soll, und wobei der Gläubiger vertragsmäßig die Gefahr des Verlustes vom Tage der Abfahrt des Schiffes an bis dahin noch übernimmt, daß es am Orte seiner Bestimmung angekommen ist (*a*). Zinsen sind auch bei diesem Darlehen nichts Wesentliches; wenn sie aber bedungen sind, so heißt es nauticum foenus, und dabei ist es dem Gläubiger wegen der Gefahr, welche er übernimmt, und für die Zeit ihrer Dauer erlaubt, sich höhere Zinsen, als die gewöhnlichen, und zwar bis zu 12 Procent, versprechen zu lassen (*b*); auch kann darauf schon nach Römischem Rechte aus einem pactum geklagt werden (*c*).

(*a*) Dig. 22. 2. — Cod. 4. 33. — Nov. 106. 110. — M. H. Hudtwalker de foenore nautico Romanorum. Hamb. 1810. — Th. de Cock Diss. de foenore nautico. Leodii 1829. — Glück Comment. Th. 21. §. 1139–1143. Ueber einen interessanten Fall in den Pandekten s. außer Glück S. 173 ff. und der dort Note 19 citirten Literatur: Huschke in Linde's Zeitschr. n. F. B. 10. Nr. 1 und Goldschmidt Untersuch. zur L. 122. §. 1. de V. O. Heidelb. 1855.

(*b*) fr. 4. §. 1. D. ibid. — const. 26. §. 1. C. 4. 32.

(*c*) fr. 5. §. 1. fr. 7. D. ibid. Vergl. §. 397, Note *h*.

§. 400.

II. Commodat. A. Begriff.

Der Leihcontract (commodatum) (*a*) besteht darin, daß Jemand dem Andern eine nicht verbrauchbare Sache (*b*) zum Gebrauche (*bb*), ohne

Vergütung (*c*) in der Absicht übergibt, daß dieser ihm nach gemachtem Gebrauche die Sache (in specie) zurückgebe (*d*). Der Geber heißt commodans, den Empfänger nennt man jetzt commodatarius (*e*).

(*a*) Paulus II. 4. — §. 2. J. 3. 14. (15.) — Dig. 13. 6. — Cod. 4. 23. — Donelli comm. iur. civ. Lib. 14. c. 2. 3. — Glück Comm. Th. 13. §. 853 ff. — Bucher Recht der Ford. §. 97. 98. — J. van Reigersberg Diss. de commodato. L. B. 1825. — Unterholzner Schuldverh. B. 2. S. 552 ff. — Koch Recht der Ford. B. 3. S. 351 ff. — Kritz Rechtsfälle B. 1. Nr. 14. Pandektenr. Th. 1. B. 2. S. 385 ff. G. E. Schmidt das commodatum und precarium. Leipz. 1844. — Heimbach im Rechtslexicon B. 6. S. 654 ff. — Molitor T. 2. p. 475. seqq.

(*b*) fr. 3. §. 6. fr. 4. D. 13. 6. „Non potest commodari id, *quod usu consumitur*, nisi forte ad pompam vel ostentationem quis accipiat." Gewöhnlich sind zwar bewegliche Sachen Gegenstand des Commodats, es können aber auch unbewegliche sein. fr. 1. §. 1. D. ibid.

(*bb*) Wesentlich ist, daß der Empfänger ein Recht auf den Gebrauch haben soll. Fehlt es an diesem Requisit, so ist kein Commodat, sondern ein Precarum (§. 413.) vorhanden. Fehlt es aber nicht daran, so gilt das Geschäft als Commodat, auch wenn der Gebrauch nicht bestimmt ist. Es kommt in einem solchen Falle auf den vermuthlichen Willen der Contrahenten an. Kritz Rechtsf. B. 1. S. 189 ff. — A. Schmidt in Richter's krit. Jahrb. Jahrg. 7. B. 14. S. 786 ff. — v. Vangerow §. 691. Nr. VI.

(*c*) Denn wenn eine Vergütung (merces) dafür versprochen wird, so ist es locatio et conductio. §. 2. J. 3. 14. (15.) in fin.

(*d*) Der Empfänger wird also nicht Eigenthümer der Sache, wie beim mutuum. §. 2. J. cit. — fr. 9. D. 13. 6. „Nemo commodando rem facit eius, cui commodat." Auch trägt er nicht das periculum rei.

(*e*) Bei den Römern hieß er: qui commodatum accepit, oder is, cui commodata res est. fr. 3. §. 3. fr. 5. §. 2. D. ibid. — fr. 14. §. 10. D. 47. 2.

§. 401.

B. Wirkung. 1. Verbindlichkeiten des Commodatars.

Durch diesen Contract wird der Commodatar verpflichtet: 1. die größte Sorgfalt auf die geliehene Sache zu verwenden. Er haftet daher für jede culpa und nur den rein zufälligen Schaden hat er nicht zu ersetzen (*a*). 2. Er darf nur den verabredeten Gebrauch von der Sache machen, sonst begeht er ein furtum usus und muß selbst für den zufälligen Schaden haften (*b*). 3. Er muß nach gemachtem Gebrauch die Sache in specie dem Commodanten unweigerlich zurückgeben. 4. Ist die Sache Mehreren geliehen, so haften sie der Regel nach in solidum (*c*). 5. Die dem Commodanten auf Erfüllung dieser Verbindlichkeiten gegen den Commodatar zustehende Klage ist die directa commodati actio.

(*a*) §. 2. J. 3. 14. (15). — fr. 5. §. 2—9. D. 13. 6. Doch gibt es hiervon auch Ausnahmen, wenn nämlich etwas Anderes verabredet ist, oder der Commodant blos „sua causa" die Sache dem Andern geliehen hat. fr. 5. §. 10 fr. 10—12. fr. 18. pr. ibid. Eben so wenig ist der Commodant für die Verschlechterung der Sache, welche dieselbe durch den blos ordnungsmäßigen Gebrauch erleidet, Vergütung zu leisten verbunden. fr. 23. ibid. — Löhr Theorie der Culpa S. 160. — Hasse von der Culpa S. 497. 2. Aufl. S. 376.

(*b*) §. 6. 7. J. 4. 1. — §. 2. J. 3. 14. (15.) — fr. 18. pr. D. 13. 6.

(*c*) fr. 5. §. 15. fr. 6. D. 13. 6.

§. 402.

2. Verbindlichkeiten des Commodanten.

Der Commodant ist dagegen: 1. in der Regel nur für lata culpa verantwortlich (*a*); er muß 2. dem Commodatar die Sache so lange lassen,

bis der bewilligte Gebrauch davon gemacht ist *(b)*; endlich muß er 3. dem Commodatar diejenigen Kosten, welche derselbe zur Erhaltung der Sache hat anwenden müssen, jedoch nur insofern, als sie nicht gewöhnliche und einigermaßen bedeutend sind, vergüten *(c)*. 4. Auf die Erfüllung dieser Verbindlichkeiten kann er vom Commodatar mit der contraria commodati actio belangt werden *(d)*.

(a) fr. 18. pr. §. 3. fr. 12. D. 13. 6. Vergl. jedoch §. 401. not a.
(b) fr. 17. §. 3. D. ibid.
(c) fr. 18. §. 1. 2. fr. 21. 22. D. ibid.
(d) fr. 17. §. 1. fr. 21. pr. fr. 22. D. ibid.

§. 403.

III. Depositum. A. Begriff.

III. Der Verwahrungs-Contract oder das Aufzuhebengeben (depositum) *(a)* besteht darin, daß Jemand dem Andern eine Sache zur unentgeltlichen *(b)* Aufbewahrung übergibt *(c)*. Der Empfänger heißt hier depositarius *(d)*, der Geber deponens oder depositor. Wird Jemand durch einen Nothfall veranlaßt, seine Sache einem Andern zur Aufbewahrung zu übergeben, so nennt man dieß jetzt ein depositum miserabile *(e)*.

(a) §. 3. J. 14. (15.) — Dig. 16. 3. — Cod. 4. 34. — Paulus II. 12. — Coll. Leg. Mosaic. tit. 10. — Donelli comm. iur. civ. Lib. 14. c. 2. — Glück Comm. Th. 15. §. 938 ff. — Bucher Recht der Ford. §. 99. 100. — X. F. J. A. de Harveng Diss. de deposito. Lovan. 1826. — Unterholzner Schuldverh. B. 2. S. 659 ff. — Koch Recht der Ford. B. 3. S. 371 ff. — Molitor T. 3. p. 1 seqq.
(b) Denn wenn eine merces dafür bezahlt wird, so ist es locatio et conductio. fr. 1. §. 8. D. 16. 3.
(c) fr. 1. pr. ibid. „Depositum est, quod custodiendum alicui datum est." Es heißt auch wohl commendatum. fr. 186. D. 50. 16. — Mit dem depositum hatte Aehnlichkeit eine Art der ehemaligen mancipatio vel in iure cessio fiduciae causa. S. unten §. 407 und 408.
(d) fr. 1. §. 36. D. ibid. Doch wird zuweilen auch der deponens so genannt. fr. 7. §. 3. D. ibid.
(e) §. 17. J. 4. 6. — fr. 1. §. 1. 3. D. ibid. — Faber error. pragmat. Dec. 76. err. 4.

§. 404.

B. Wirkungen. 1. Verbindlichkeiten des Depositars.

Durch diesen Contract wird der Depositar verpflichtet: 1. die Sache aufzubewahren. Gebrauchen und benutzen darf er sie in der Regel nicht *(a)*, ausgenommen, wenn es ihm ausdrücklich oder stillschweigend gestattet worden ist. Ist alsdann die Sache eine nicht fungible, so erscheint der Contract gewöhnlich nicht als Depositum, sondern, je nachdem für den Gebrauch Etwas bezahlt wird, oder derselbe als Aequivalent für die Aufbewahrung zugesagt ist, entweder als Miethcontract oder als Innominatcontract *(b)*. Besteht hingegen der Gegenstand in Geld, so unterscheide man: a) dem bisherigen Depositar ist durch eine neue Uebereinkunft der Gebrauch gestattet worden, dann geht das Depositum sogleich in ein Darlehen über *(c)*; b) der Deponent hat dem Depositar bei der Deposition die Erlaubniß ertheilt, das Geld, wenn er wolle, zu gebrauchen, hier geht das Depositum erst dann in ein Darlehen über, wenn

der Depositar von jener Erlaubniß Gebrauch macht (*d*); c) das Geld ist dem Depositar schlechthin unter der Bedingung: ut tantundem redderet, zum Aufheben gegeben worden, was im Zweifel auch anzunehmen ist, wenn es unverschlossen übergeben, wenn es z. B. zugezählt wurde. Hierdurch wird dem Depositar zwar stillschweigend der Gebrauch des Geldes gestattet, aber das Geschäft ist demungeachtet kein Darlehen, sondern ein Depositum, weshalb man es in diesem Falle depositum irregulare zu nennen pflegt (*e*). 2. Bei dem regelmäßigen Depositum haftet der Depositar nur für dolus und lata culpa, aber seine Verurtheilung hat die Infamie zur Folge (*f*). 3. Der Depositar ist verpflichtet, die Sache entweder dem Deponenten selbst, sobald dieser sie zurückverlangt, zurückzugeben, oder demjenigen, dem er sie nach dessen Willen restituiren soll (*g*). Auch kann die Freiheit des Deponenten, die Sache zu jeder Zeit zurückzufordern, durch Vertrag nicht beschränkt werden (*h*). 4. Auf die Erfüllung aller dieser Verbindlichkeiten kann der Deponent mit der directa depositi actio gegen den Depositar klagen (*i*).

(*a*) §. 6. J. 4. 1. — const. 3. C. 4. 34.
(*b*) fr. 1. §. 9. D 16. 3. — fr. 76. pr. D. 47. 2.
(*c*) fr. 9. §. 9. D. 12. 1. — fr. 34. pr. D. 17. 1. S. oben §. 397. Note *.
(*d*) fr. 1. §. 34. D. 16. 3. — fr. 10. D. 12. 1.
(*e*) fr. 25. §. 1. D 16. 3. — fr. 31. D. 19. 2. — Jo. Car. Jesnizer (Pr. Frid. Gottl. Zoller) quaestio iuris controversi an detur depositum irregulare. Lips. 1775. — Neustetel über das unregelmäßige Depositum; in Dessen u. Zimmern's röm. rechtl. Untersuchungen B. 1. nr. 1. — Schaffrath Abh. S. 97 ff. — von Vangerow §. 630. — A. E. J. Schmid im Arch. f. civ. Praxis B. 30. S. 77 ff. — Heimbach Creditum S. 431 ff. — Brinz Pand. B. 1. S. 439 ff.
(*f*) §. 3. J. 3. 14. (15.) — fr. 1. §. 8. 10. 47. fr. 31. D. 16. 3. — fr. 1. D. 3. 2. — Löhr Theorie der Culpa S. 147. Mag. B. 4. (2.) S. 499. — Hasse von der Culpa. S. 488. 491. 2. Aufl. S. 370. 372.
(*g*) fr. 26. pr. D. 16. 3. — const. 8. C. 3. 42.
(*h*) fr. 1. §. 45. 46. D. 16. 3. — const. 11. pr. C. 4. 34. — Weber Beitr. zu Klagen und Einr. St. 2. S. 85.
(*i*) §. 3. J. 3. 14. (15.)

§. 405.

2. Verbindlichkeiten des Deponenten.

Der Deponent ist dagegen den Depositar schadlos zu halten verpflichtet, und in dieser Hinsicht haftet er: 1. für jede culpa, weil er Vortheil vom Contract hat (*a*); sodann muß er 2. dem Depositar diejenigen Kosten erstatten, welche dieser auf die Erhaltung der Sache verwendet hat, oder welche durch die Restitution derselben veranlaßt werden (*b*). 3. Auf die Erfüllung dieser Pflichten kann er vom Depositar mit der contraria depositi actio in Anspruch genommen werden (*c*).

(*a*) fr. 5. §. 2 in fin. D. 13. 6. — Löhr a. a. O.
(*b*) fr. 12. pr. fr. 23. D. 16. 3.
(*c*) fr. 5. pr. D. 16. 3.

§. 406.

C. Sequestration.

Eine besondere Art des Depositums ist oft die Sequestration, welche darin besteht, daß die Aufbewahrung, und den Umständen nach auch wohl die

Verwaltung einer Sache, entweder weil Streit darüber ist, oder aus besonderen Gründen Jemanden unter der Verpflichtung übertragen wird, die Sache, wenn der Grund der Sequestration aufhört, demjenigen herauszugeben, dem sie vom Richter zuerkannt wird, oder welchem sie sonst gebührt (*a*). In der Regel kann eine solche Sequestration nur mit Zustimmung des Besitzers der Sache angeordnet (s. g. sequestrum voluntarium) (*b*), ausnahmsweise aber auch vom Richter wider den Willen desselben, jedoch nur aus besonderen Gründen, erkannt werden (s. g. sequestrum necessarium) (*c*). Sehr häufig nimmt die Sequestration die Natur eines andern Geschäfts an, und dieß ist besonders dann der Fall, wenn dem Sequester auch die Verwaltung oder die Benutzung der Sache übertragen wird. Hiernach richtet sich auch die aus der Sequestration entstehende Klage. Liegt nämlich der Sequestration ein reines Depositum zum Grunde, so entsteht daraus die depositii actio mit dem Beinamen sequestraria; kommt eine locatio et conductio oder ein mandatum dabei vor, so findet die actio locati vel conducti vel mandati sequestraria Statt (*d*).

(*a*) fr. 110. D. 50. 16. — fr. 5. §. 1. fr. 6. fr 17. pr. D. 16. 3. — fr. 9. §. 3. D. 4. 3. — Cod. 4. 4. Die Sache kann hier sowohl eine bewegliche als unbewegliche sein. Gewöhnlich kommt eine Sequestration bei streitigen Sachen vor, sie kann aber auch bei Sachen vorkommen, über welche kein Proceß geführt wird, z. B. bei einer dos, welche der Ehemann zu verschleudern anfängt. fr. 22. §. 8. D 24. 3. — Auch Personen können einer besonderen Aufsicht unterworfen werden, z. B. fr. 3. §. 4—6. D. 43 30, und im Canonischen Rechte kommt sogar ein Beispiel von der Sequestration einer Braut vor, um welche Mehrere sich streiten. cap. 14. X. 4. 1. — Hagemann in Dessen und Günther's Archiv Th. 2. S. 172. Ueber Sequestration überhaupt s. man: Gönner Handb. des Processes. B. 4. S. 100. (1ste Ausg.) S. 368. (2te Ausg.) — Th. Muther Sequestration und Arrest im Röm. Recht. Leipz. 1856. (Darüber: Brinz in der krit. Ueberschau B. 4. S. 303 ff.)

(*b*) Wegen const. un. C. 4. 4.

(*c*) Z. B. fr. 21. §. 3. D. 49. 1. — fr. 7. §. 2. D. 2. 8. — const. 3 in fin. C. 7. 18. — fr. 22. §. 8. D. 24. 3.

(*d*) fr. 12. §. 2. D. 16. 3. — fr. 9. §. 3. D. 4. 3.

§. 407.

IV. Pfandcontract (*). A. Verbindlichkeiten des Pfandgläubigers.

IV. Der Pfandcontract (*a*) (pignus, contractus pignoris, jetzt contractus pigneratitius genannt) besteht darin, daß Jemand einem Gläubiger zur Sicherheit seiner Forderung eine Sache als Faustpfand übergibt (*aa*). Hierdurch wird der Pfandgläubiger verpflichtet: 1. sobald sein Pfandrecht aufhört, die verpfändete Sache, und wenn es durch Verkauf aufhört, die hyperocha, herauszugeben; er muß 2. in Ansehung derselben für jede culpa einstehen (*b*), und er darf sie nicht gebrauchen, wofern ihm dieß nicht gestattet ist (§. 315), sonst haftet er auch für den zufälligen Schaden (*c*). 3. Auf Erfüllung dieser Verbindlichkeiten kann er, jedoch in der Regel (*cc*) erst nach getilgter Schuld, für welche das Pfand gegeben wurde, von dem Verpfänder mit der directa pigneratitia actio belangt werden (*d*). Daher wird diese auch erst von diesem Augenblicke an verjährbar (*e*).

(*) Ehemals gab es noch einen fünften Contract dieser Art, die mancipatio vel in iure cessio, quae *fiduciae* causa fit. Er bestand darin, daß eine Sache feierlich veräußert wurde gegen das Versprechen einer feierlichen Zurückveräußerung derselben (remancipare vel retro in iure cedere). Nach dem Zwecke, zu welchem die erste Veräußerung

erfolgte, sind zwei Arten dieses Contractes zu unterscheiden. Entweder sollte nämlich der Empfänger wegen einer Forderung sicher gestellt werden (§. 303) (fiducia, quae contrahitur cum creditore pignoris iure), und dann hatte der Contract große Aehnlichkeit mit dem eigentlichen Pfandcontract; oder er sollte die Sache für den Veräußernden schützen (fiducia, quae contrahitur cum amico, quod tutius nostrae res apud eum essent), und dieser Fall hatte mehr Aehnlichkeit mit dem depositum (§. 403. Note *c*). Ueber beide Arten s. man: CIC. de offic. III. 15. ad div. VII. 12. — BOETHIUS in CIC. Top. c. 12. — GAJ. II. §. 59. 60. III. §. 201. IV. §. 33. 62. — PAUL. S. R. II. 13. §. 1—7. — ISIDORI Orig. V. 25. §. 23. — S. die vor §. 303 angef. Literatur über das ältere Pfandrecht; ferner: CONR. BÜCHEL de fiducia. Marb. 1828. 8. — Huschke in der Zeitschr. für geschichtl. RW. B. 14. S. 230 ff. — Wenn dieser Contract darin, daß er eine Veräußerung enthält und eine solche ausbedingt, dem Darlehen ähnlich ist, so steht er in jeder anderen Beziehung den drei übrigen genannten Realcontracten näher als dem Darlehen, wie es denn auch nicht unwahrscheinlich ist, daß die persönlichen Klagen aus diesen drei Verträgen erst nach der fiduciae actio und nach dem Vorbilde derselben eingeführt worden sind. S. noch Note *d* und §. 408. Note *d*.

(*a*) §. 4. J. 3. 14. (15.) — Dig. 13. 7. — Cod. 4. 24. — DONELLI comm. iur. civ. Lib. 15. c. 49. — Glück Comm. Th. 14. §. 861—875. — Bucher Recht der Ford. §. 101. 102. Sintenis Handb. des gem. Pfandr. §. 27. 62. — Unterholzner Schuldverh. B. 2. S. 849 ff. — Koch Recht der Ford. B. 3. S. 411 ff. — MOLITOR T. 3. p. 77 seq. — Dernburg Pfandr. §. 16—19.

(*aa*) Dieselben Wirkungen treten auch ein, wenn Jemand als hypothekarischer Gläubiger nach Pfandrecht in den Besitz kommt. — fr. 11. §. 5. D. 13. 7. — fr. 7. D. 20. 5. — fr. 34. D. 39. 2. — Glück S. 155. — Sintenis S. 230 ff. — Dernburg §. 16 am E.

(*b*) fr. 13. §. 1. D. 13. 7. — §. 4. J. 3. 14. (15.) — const. 19. C. 8. 14. — const. 5. 6. 8. C. 4. 24. — Löhr Theorie der Culpa S. 149. Mag. B. 4. (2.) S. 499. — Hasse Culpa S. 211. 495. 2. Aufl. S. 158. 374. — Gesterding Pfandrecht §. 31.

(*c*) §. 6. J. 4. 1. — fr. 11. §. 1. D. 20. 1. — fr. 8. D. 20. 2.

(*cc*) Auf Ersatz des zugefügten Schadens kann auch schon früher geklagt werden. fr. 43. D. 13. 7. Ueber andere Ausnahmen: Sintenis S. 609. Vergl. Dernburg §. 18. Nr. III.

(*d*) S. Note *a*. — C. N. SCHLICHTKRULL an actio pigneratitia directa contra tertium possessorem institui queat? Gryph. 1777. — ABR. BRACK Diss. de actione pignoratitia contra tertium pignoris possessorem competente et non competente. Giess. 1786. — G. P. G. FRESENIUS Diss. de pigneratitia actione adversus tertium rei oppigneratae possessorem non competente. Heidelb. 1818. — Glück S. 156 ff. — Sintenis S. 605 ff. — Vergl. Dernburg §. 18. Nr. II. Aus der ehemaligen fiducia (s. Note *) konnte der Veräußernde auch mit einer directa actio gegen den Empfänger klagen, mit der directa fiduciae actio. Die Obligationen, die durch diese Klage geltend gemacht wurden, waren bei der fiducia, quae contrahitur cum *creditore*, denjenigen ähnlich, welche durch die directa *pigneratitia* actio, dagegen bei der fiducia, quae contrahitur cum *amico*, denjenigen, welche durch die directa d e p o s i t i actio verfolgt werden. PAUL. II. 13. §. 1. 5—7. — GAJ. IV. §. 62. vergl. mit §. 28. J. 4. 6.

(*e*) fr. 9. §. 3. 5. D. 13. 7. — const. 10. 12. C. 4. 24. Vergl. oben §. 199. Nr. 2. S. auch die dort angef. Schriftsteller, ferner: C. F. VOIGT comm. de praescriptione actionis pigneratitiae directae. Lips. 1794. — MOUSSON Diss. de praescriptione actionis pigneratitiae directae. Tubing. 1796. — Gesterding Pfandrecht §. 52. — v. Vangerow B. 1. §. 147. II. 5. — Sintenis prakt. Civilr. B. 1. S. 295 ff. Note 29. — Dernburg §. 18. Nr. III.

§. 408.

B. Verbindlichkeiten des Verpfänders.

Auf der andern Seite ist der Verpfänder dem Pfandgläubiger zur Schadloshaltung verpflichtet, und er muß ihm daher: 1. diejenigen Kosten, die zur Erhaltung der Sache nothwendig waren, so wie die wesentlichen Verbesse-

rungen derselben, wenn diese nicht übermäßig sind, vergüten (*a*); er muß 2. für dolus und culpa haften (*b*); 3. wenn er eine fremde, oder mit Rechten Dritter belastete Sache zum Pfande gab, ist er verpflichtet, dem Gläubiger das Interesse zu prästiren (*c*); 4. eben so, wenn der Sache eine zugesagte Eigenschaft fehlt, oder dieselbe einen verborgenen Mangel hat (*cc*). 5. Die dem Pfandgläubiger zustehende, auf Erfüllung dieser Verbindlichkeiten gerichtete Klage heißt contraria pigneratitia actio (*d*).

(*a*) fr. 8. pr. D. 13. 7. fr. 25. ibid. — const. 7. C. 4. 24. — Gesterding Pfandrecht §. 29. — Sintenis Handb. S. 247. — Dernburg §. 19. lit. *b*.
(*b*) arg. §. 4. J. 3. 14. (15.) — „quia pignus utriusque gratia datur et debitoris et creditoris." — fr. 1. §. 2. fr. 31. fr. 36. D. 13. 7. Auch wenn er die Sache für einen Dritten verpfändet. Dernburg §. 19. lit. *a*.
(*c*) fr. 9. pr. fr. 16. §. 1. fr. 32. fr. 36. §. 1. D. 13. 7. — Sintenis S. 249 ff. — Dernburg §. 19. lit. *c*.
(*cc*) fr. 54. D. 46. 1. — Dernburg a. a. O.
(*d*) fr. 8. pr. D. 13. 7. — Gesterding Pfandrecht §. 52. — Aus der ehemaligen fiducia konnte der Empfänger gegen den Geber mit der contraria fiduciae actio klagen, welche bald mit der contraria pigneratitia, bald mit der contraria depositi actio besondere Aehnlichkeit hatte. S. §. 407. Note *d*.

B. S. g. contractus innominati.

§. 409.

I. Begriff derselben.

Seit den ersten Römischen Kaisern galt die Rechtsregel, daß aus allen erlaubten Verträgen, wodurch Jemand, der eine Leistung empfängt, eine solche verspricht, mit der praescriptis verbis actio oder civilis in factum actio auf Erfüllung geklagt werden kann, wenn entweder der Vertrag keine andere besonders benannte Klage erzeugt, oder wenigstens ein Zweifel darüber besteht, ob eine oder welche besonders benannte Contractsklage zulässig sei (*a*). Solche Verträge bezeichnen die Römer als contractus, quorum appellationes nullae iure civili proditae sunt (*aa*); jetzt nennt man sie Innominatcontracte. Sie sind zunächst von zweierlei Art. Entweder hat der Kläger sich die Rückgabe einer Sache bei der Hingabe versprechen lassen, ohne daß der Fall zu den genannten Realcontracten gehört (*aaa*), oder er hat sich für eine Leistung, die er machte, eine Gegenleistung ausbedungen, ohne daß der Fall zu den Consensualcontracten gehört. Die ungenannten Contracte der letztern Art kann man mit Paulus auf die vier Formeln do ut des, do ut facias, facio ut des, facio ut facias zurückführen (*b*), von denen indeß jede sehr verschiedene Modificationen erhalten und in ihren einzelnen Theilen auch auf die Unterlassung einer Handlung gerichtet sein kann (*c*). Die obligatio und actio entsteht bei allen diesen Verträgen erst durch ein Geben oder eine sonstige Leistung von der einen Seite (*d*).

(*a*) Dig. 19. 5. — Cod. 4. 64. — Glück Comm. Th. 18. §. 1075. — Bucher Recht der Ford. §. 111—115. — Ed. Gans über röm. Obligationenrecht, insbesondere über die Lehre von den Innominatcontracten und dem ius poenitendi. Heidelb. 1819. (Darüber: Mühlenbruch in d. Heidelb. Jahrb. 1821. S. 41.) — Meno Pöhls Versuch einer gründlichen Darstellung der Lehre von den Innominatcontracten. Hauptsächlich gegen Gans. Heidelb. 1821. — Car. Ge. Waechter doctrina de condictione causa data causa non secuta in contractib. innominatis. Tub. 1822. — G. J. Bruce ad tit. Pand. de condictione causa data causa non secuta. Lugd. Bat. 1827. — Carl Schmitthenner über

Verträge, insbesondere das Reuerecht, nach römischen und deutschen Grundsätzen. Mit einem Anhange gegen Gans. Gießen 1831. — ALBR. ERXLEBEN de contractuum innominatorum indole et natura. Goett. 1835. — Elvers in s. Themis n. F. B. 1. S. 333 ff. — BACHOFEN de Romanor. iudiciis civilib. Goett. 1840. p. 229 seqq. — F. A. Schilling Lehrb. §. 324 ff. — v. Vangerow §. 599. — Huschke in Linde's Zeitschr. n. F. B. 5. S. 109 ff. — Erxleben die condictiones sine causa. Abth. 2. die cond. causa data causa non secuta. Gött. 1853. (Darüber: Pagenstecher in der Heidelb. krit. Zeitschr. B. 2. S. 60 ff.) — H. Witte die Bereicherungsklagen des gemeinen Rechts. (Halle 1859.) § 7. 14—19.

(*aa*) fr. 3. D. 19. 5. Auch die Ausdrücke: negotium novum und negotium proprii contractus, kommen vor. fr. 19. 22 in f. D. ibid.

(*aaa*) So namentlich bei dem precarium (§. 413) und wenn sich der Besteller einer dos die Rückgabe derselben für den Fall des Aufhörens der Ehe ohne Stipulation hat versprechen lassen (§. 524).

(*b*) fr. 5. pr. D. 19. 5. — Carl Reichhelm Versuch eines Beweises, daß der Römer nur zwei Arten unbenannter Contracte kannte: do ut des und do ut facias. Halle 1800. Reichhelm's Theorie galt wenigstens zur Zeit der spätern klassischen Juristen nicht mehr. fr. 1. §. 4. fr. 15. 22. D. 19. 5. Nur scheint man über den Fall: facio ut des nicht ganz einig gewesen zu sein. fr. 5. §. 3. D. ibid.

(*c*) fr. 13. fr. 17. D. 19. 5.

(*d*) fr. 6. §. 2. D. 2. 14. Daraus erklärt sich aber auch, warum ein pactum nudum, sobald es von einem Theile erfüllt war, als Contract angesehen und eine Klage daraus gestattet wurde. const. 1. C. 5. 14.

§. 410.

II. Rechtliche Natur derselben.

Als eine besondere Eigenthümlichkeit des Römischen Rechts verdient bemerkt zu werden, daß bei denjenigen Innominatcontracten, welche durch das Hingeben einer Sache begründet waren, von Rechtswegen ein ius poenitendi Statt fand, d. h. derjenige, welcher dem Andern Etwas gegeben hatte, wofür dieser ihm Etwas wiedergeben oder leisten sollte, hatte, wenn der Andere seine dagegen übernommene Verbindlichkeit nicht erfüllte, die Wahl, ob er gegen denselben mit einer actio praescriptis verbis auf die Erfüllung klagen, oder ob er von dem Vertrage zurücktreten wollte. Wählte er das Letzle, so konnte er das Gegebene mit der condictio causa data causa non secuta, oder, wie sie auch genannt wird, condictio ob causam datorum, zurückfordern (*a*). Weiter ging aber dieses ius poenitendi nicht (*b*).

(*a*) Dig. XII. 4. — fr. 5. §. 1. 2. fr. 7. D. 19. 5. — fr. 1. §. 4. D. 19. 4. — const. 1. C. 5. 14.

(*b*) Namentlich kann die condictio nicht angestellt werden, bevor die Gegenleistung fällig ist. Zwar beruft man sich auf fr. 3. §. 2. 3. fr 5 pr. §. 1. 2. D. 12. 4; allein hier ist von Fällen eines wirklichen Mandates die Rede, von einem derselben wird es in fr. 27. §. 1. fr. 30. D. 17. 1. ausdrücklich gesagt. Uebrigens ist diese Frage immer noch sehr bestritten. S. die §. 409, Note *a* angef. Literatur. — Bei uns fällt das ius poenitendi, jedenfalls hinweg, und es kann nur auf Erfüllung geklagt werden (§. 363 a. E.).

§. 411.

III. Einzelne Arten derselben. A. Tauschcontract.

Von den Innominatcontracten sind hier insbesondere noch folgende zu bemerken: A. der Tauschcontract, welcher darin besteht, daß Sache für Sache gegeben wird (*a*). Er grenzt sehr nahe an den Kaufcontract, und es gelten bei demselben, abgesehen von der Eigenthümlichkeit der Innominat-

contracte und von der Verschiedenheit, die sich aus dem Begriffe des Tausches ergibt, dieselben Grundsätze wie beim Kaufcontracte (*b*), nur daß 1. bei ihm das Eigenthum der Sache sofort mit der Tradition auf den Empfänger übergeht, wenn auch die Gegenleistung weder gegeben noch creditirt ist (*c*), und daß 2. beim Tausche jeder Theil dafür einstehen muß, daß die Sache, welche er dem Andern gibt, sein wirkliches Eigenthum sei, also sofort wirklich Eigenthum des Empfängers werde, wogegen beim Kaufe der Verkäufer, wenn er nicht etwa geflissentlich eine fremde Sache verkauft, nicht eher haftet, als bis die Sache dem Käufer evincirt worden ist (*d*).

(*a*) Dig. 19. 4. — Cod. 4. 64- — fr. 5. §. 1. D. 19. 5. — J. J. van Jagen Selecta de pactis et contractibus, imprimis autem de permutatione. Gröning. 1808. — Glück Comm. Th. 18. §. 1068—74. — W. H. Puchta Handb. des gerichtl. Verf. in Sachen der freiw. Gerichtsbarkeit. 2te Ausg. Erlang. 1831. Th. 2. §. 149. 150. — Erxleben l. c. §. 21. — Unterholzner Schuldverh. B. 2. S. 300 ff. — Koch Recht der Ford. B. 3. S. 682 ff. — Sintenis prakt. Civilr. B. 2. S. 590 ff. — Molitor T. 2. p. 169 seq.

(*b*) const. 2. C. 4. 64. Vergl. darüber: Marezoll in s. und Linde's Zeitschr. B. 1. S. 462.

(*c*) const. 4. C. ibid.

(*d*) fr. 1. pr. §. 1. 3. D. 19. 4. — fr. 5. §. 2. D. 19. 5. — const. 1. C. 4. 64. — const. 29. C. 8. 45. — Dunze im Arch. für die civ. Praxis B. 10. Nr. 19. §. 5. und 6.

§. 412.

B. Tröbelcontract.

B. Der Tröbelcontract (s. g. contractus aestimatorius), welcher darin besteht, daß Jemand einem Andern eine Sache zum Verkaufen übergibt, unter der Bedingung, daß er entweder den bestimmten Preis derselben einliefere, oder die Sache selbst wiederbringe (*a*). Der Trödler wird nicht Eigenthümer der Sache, trägt aber die Gefahr derselben, wenn er den Andern gebeten hat, ihm die Sache zum Vertrödeln zu überlassen (*b*). Außerdem haftet er nur für dolus und culpa (*c*). Die actio praescriptis verbis, welche auf Erfüllung dieses Contracts geht, hat den Beinamen aestimatoria oder de aestimato (*d*).

(*a*) Dig. 19. 3. — J. H. Boehmer Exerc. ad. Dig. T. 3. nr. 54. — Glück Comm. Th. 18. §. 1065—1067. — Erxleben l. c. §. 26. — Unterholzner Schuldverh. B. 2. S. 303 ff. — Koch Recht der Ford. B. 3. S. 832 ff. — Schilling Lehrb. §. 327. — Sintenis prakt. Civilr. B. 2. S. 645 ff. — E. Chambon Beitr. zum Obligationenr. B. 1. Jena 1851. Nr. 1. (Darüber: Brinz krit. Blätter Nr. 1.)

(*b*) fr. 1. §. 1. D. 19. 3. — fr. 17. §. 1. D. 19. 5. Ueber diese Stelle s. auch: Huschke in Linde's Zeitschr. n. F. Bd. 4. S. 286. — F. Mommsen Beitr. Abth. 1. S. 230 ff.

(*c*) fr. 17. §. 1. cit.

(*d*) fr. 1. pr. D. 19. 3.

§. 413.

C. Precarium (*).

C. Das precarium ist derjenige Vertrag, wodurch Einer dem Andern den Gebrauch einer Sache, oder die Ausübung eines Rechts, bis auf Widerruf, unentgeltlich gestattet (*a*). Der Empfänger, welcher nur für dolus und culpa lata verantwortlich ist (*b*), erlangt dadurch den juristischen Besitz der

Sache, ausgenommen wenn ausdrücklich verabredet worden ist, oder es sich aus der Natur des Falles von selbst ergibt, daß er nur die Detention haben soll (*c*). Der Geber kann die Sache zu jeder Zeit zurückfordern, selbst wenn er sie dem Empfänger auf eine bestimmte Zeit überlassen haben sollte (*d*), und hat, wenn die Zurückgabe verweigert wird, das interdictum de precario (§. 236) oder eine actio praescriptis verbis (*e*). Ist das precarium auf bestimmte Zeit eingegangen, so wird es stillschweigend verlängert, wenn der Geber nach abgelaufener Zeit die Sache nicht zurückfordert; mit dem Tode des Empfängers erlischt es aber immer von selbst, wenn es nicht ausdrücklich verlängert wird (*f*).

(*) Paulus V. 6. — Dig. 43. 26. — Cod. 8. 9. — Donelli comm. iur. civ. Lib. 14. cap. 34. — Aug. Corn. Stockmann (pr. Rau) Diss. de precario. Lips. 1774. — Jo. Ger. Vogel Diss. de precario. Gött. 1786. (Auch deutsch in Barth's Dissertationensamml. B. 3. S. 190 ff.) — Jo. Cuil. Bickell Diss. de precario. Marb. 1820. — Pöhls a. a. O. S. 54 ff. — Schmitthenner §. 21. — Degener über den Begriff des Prec. Leipz. 1831. — Erxleben p. 100 seqq. — Kritz über das Prec., in den Rechtsfällen B. 1. Nr. 14. — Ders. im Pandektenr. Th. 1. B. 2. S. 429 ff. — Unterholzner Schuldverh. B. 2. S. 119. S. 561 ff. — Koch Recht der Ford. B. 3. S. 366 ff. — G. E. Schmidt das commodatum und precarium. Leipz. 1841. (Darüber: Schmidt v. Ilmenau in Richter's krit. Jahrb. Jahrg. 7. B. 14. S. 769 ff.) — Bulling das Precarium. Leipz. 1846. — F. A. Schilling Lehrb. §. 328. — v. Vangerow §. 691.

(*a*) fr. 1. pr. fr. 2. §. 3. fr. 3. fr. 6. §. 4. D 43. 26.

(*b*) fr. 8. §. 3. D. 43. 26. — Löhr Theorie der Culpa. S. 192. Mag. B. 4. (2.) S. 498. — Hasse von der Culpa. S. 499.

(*c*) fr. 4. §. 1. D. 43. 26. — fr. 33. §. 6. D. 41. 3. — fr. 10. pr. §. 1. fr. 21. §. 3. D. 41. 2. — Savigny a. a. O §. 25. A. M. ist: de Schroeter Observ. iur. civ. Obs. 4. cap. 1. Allein s. dagegen: Puchta in Schunck's Jahrb. B. 4. S. 53. — Unterholzner in der Tüb. krit. Zeitschr. B. 4. H. 3. S. 383 ff. — Fritz Erläut. B. 1. H. 1. S. 224 ff. — Gesterding Nachforsch. Th. 5. Abth. 2. S. 68 ff. — Schmidt das commod. und das prec. S. 55 ff.

(*d*) fr. 12. pr. D. 43. 26.

(*e*) fr. 1. pr. fr. 2. §. 2. ibid. — Ursprünglich hatte der precario rogatus keine andere Klage, als die ihm etwa zustehende actio in rem. Der Prätor gewährte ihm aber einen besondern Schutz durch Interdicte und namentlich durch das interd. de precario. Unter den Kaisern endlich erlangte er die praescr. verbis actio, wodurch denn das Precarium zu einem Contract, und zwar zu einem Innominatcontract wurde. Indessen wollen es Einige zu den s. g. pacta praetoria, Andere wegen fr. 1. §. 3. D. 43. 26 und fr. 23. D. 50. 17 zu den Quasicontracten zählen, und Savigny Besitz S. 558. hält es für gar kein Rechtsgeschäft. S. überhaupt Schilling a. a. O. Note *mm*.

(*f*) fr. 4. §. 4. fr. 12. §. 1. D. ibid. — v. Buchholtz Versuche S. 176.

§. 414.

D. Transactio (*).

Nicht immer, aber zuweilen, wurde auch der Vergleich, transactio, bei den Römern als Innominatcontract abgeschlossen (*a*). Transactio heißt der Vertrag, wodurch zwei oder mehrere Personen ein unter ihnen streitiges oder doch in irgend einer Beziehung zweifelhaftes oder ungewisses Recht (*b*) dadurch feststellen, daß Jeder von seinen Ansprüchen zu Gunsten des Andern etwas aufgibt (*c*). 1. In Ansehung der Wirkung desselben kam es nach Römischem Rechte darauf an, ob er durch Stipulation geschlossen war, oder nicht. Im ersten Falle (§. 415) war er vollkommen obligatorisch, und es fand die actio ex stipulatu auf Erfüllung desselben statt, und eben so konnte, wenn eine

Conventionalstrafe auf den Fall der Uebertretung stipulirt war, diese mit der actio ex stipulatu gefordert werden (§. 416); im zweiten Falle konnte derjenige, der ihn erfüllte, und dadurch zu einem Innominatcontract machte (§. 409), mit einer actio praescriptis verbis gegen den andern auf Erfüllung klagen (*d*). War weder das eine noch das andere der Fall, so hatte er (*dd*) nur die Wirkungen eines nudum pactum (§. 425) (*e*). 2. Wenn bei einem Vergleiche ein Irrthum vorgefallen ist, so betrifft dieser entweder den streitig oder zweifelhaft gewesenen Punkt selbst, oder einen Punkt, den die Transigenten gar nicht für zweifelhaft hielten. Im ersten Falle hat er gar keinen Einfluß, sondern nur im zweiten (*f*). 3. Auch müssen beide Theile einander in Ansehung dessen, was der Eine dem Andern zur Abfindung gibt, die Eviction prästiren, nicht aber, wenn der eine Theil seine Ansprüche an der bestrittenen Sache zu Gunsten des andern Theils gegen Abfindung blos aufgegeben hat, und diesem letztern die Sache hernach von einem Dritten evincirt wird (*g*).

(*) Cod. Theod. 2. 9. — Dig. 2. 15. — Cod. 2. 4. — Decretal. 1. 36. — Donelli comm. ad. tit. Cod. de transactionibus. — Vinnii tractat. de transactionibus; in ejusd. partition. iur. civ. Roterod. 1674. pag. 993. — L. A. Renthe Versuch einer systematischen Erläuterung der Lehre von den Transacten. Rostock und Leipz. 1789. — de Lutzenberger (pr. Gmelin) Diss. exhibens transactionis notionem, eamque ineundi modos ex jur. Rom. princ. Tubing. 1795. — Glück Comm. B. 5. S. 1 ff. — G. B. Rediich comm. de transactionibus. Lips. 1824. — Hiac. Jo. Jos. Colins Diss. de transactionibus. Gandav. 1822. — T. J. van Reysinger de transactionibus ex iure Romano. Lovan. 1824. — G. P. F. Thon die besten Mittel zur Verhütung der Processe. Ilmenau 1825. S. 45—114. — Unterholzner Schuldverh. B. 1. S. 658 ff. — Koch Recht der Ford. B. 3. S. 912 ff. — Risch der Vergleich nach gemeinem Recht. Erl. 1855. — Molitor T. 3. p. 286 seq.

(*a*) S. Note *d*.

(*b*) Jeder Vergleich setzt etwas Ungewisses und Zweifelhaftes voraus. fr. 1. D. 2. 15. Daher findet auch post rem iudicatam kein Vergleich über die entschiedene Sache mehr statt. fr. 23. §. 1. D. 12. 6, — const. 32. C. 2. 4. — fr. 207. D. 50. 17. — Thibaut im Arch. für civ. Prax. B. 8. S. 301. (Puchta in Schunck's Jahrb. B, 3. S. 44.) — Goldschmidt ebendas. B. 9. S. 76. Vergl. Thibaut ebendas. B. 9. S. 393. (Ueber beide: Francke in der Tüb. krit. Zeitschr. B. 4. S. 42.) — C. Sell in den Sell'schen Jahrb. B. 2. S. 53 ff. — Rudorff in der Zeitschr. f. geschichtl. R. W. B. 14. S. 334 ff. — Risch a. a. O S. 74 ff. — v. Vangerow §. 668.

(*c*) fr. 1. D. 2. 15. — const. 38. C. 2. 4. — const. 3. C. 6. 31.

(*d*) fr. 16. D. 2. 15. — const. 6. 17. 20. 33. 37. 38. C. 2. 4.

(*dd*) Falls nicht ein anderer Contract, z. B. ein Kauf, vorlag. Arndts Pand. §. 269 Anm. 4.

(*e*) const. 21. C. 2. 3. — const. 9. 24. 28. C. 2. 4. — Heut zu Tage kommt hierauf nichts mehr an, sondern jeder Vergleich wird schon durch Einwilligung der Transigenten vollkommen obligatorisch und begründet neben einer Einrede gegen das dadurch aufgegebene Recht auch eine Klage auf Erfüllung.

(*f*) const. 10. 42. C. 2. 4. Nach denselben Grundsätzen ist auch die Frage zu beantworten, ob und inwiefern eine Verletzung über die Hälfte bei dem Vergleich in Betracht kommt. S. darüber besonders: Thibaut Vers. B. 2. Nr. 11. — v. Ende jurist. Abh B. 1. Nr. 1.

(*g*) const. 33. C. 2. 4. — v. Wening-Ingenheim im Archiv für civil. Praxis B. 1. Nr. 10.

III. Verborum obligatio.

§. 415.

Stipulation. A. Im Allgemeinen.

Eine verborum obligatio, d. h. eine solche, welche durch Beobachtung einer mündlichen Form (solennibus verbis) begründet wurde (obligatio

quae *verbis* contrahitur), kam vor (*) bei der ehemaligen dictio dotis (§. 520), bei der sogenannten promissio operarum iurata a liberto facta (*a*) und bei der allgemeinen stipulatio (*b*). Unter der letztern wird überhaupt jeder Vertrag verstanden, welcher mittelst einer mündlichen, auf eine Leistung gerichteten Frage und darauf sogleich ebenfalls mündlich ertheilten, der Frage entsprechenden und zusagenden Antwort geschlossen ist (*c*). Ist dieses geschehen, so kommt es nach einer Verordnung von Leo nicht mehr darauf an, ob die Stipulation in altherkömmliche oder in andere Worte eingekleidet ist (*cc*); auch gilt eine Stipulation unter dazu fähigen Personen nach einer Verordnung Justinian's als abgeschlossen, wenn der Promittent dieses in einem dem andern Theile ausgestellten Scheine bekannt hat und nicht nachweist, daß einer der angeblichen Contrahenten an dem ganzen Tage, an welchem der Schein ausgestellt wurde, an einem andern Orte sich befunden hat (*ccc*). Stipulationen und Urkunden über Stipulationen (*d*) waren bei den Römern um so häufiger und um so wichtiger, da bei ihnen nicht jedes acceptirte Versprechen eine Klage begründete, wohl aber, wenn es in eine Stipulation eingekleidet war (§. 363 b). Aus einer Stipulation entstand eine condictio, welche ex stipulatu actio, und wenn der stipulirte Gegenstand in einer bestimmten Summe Geldes oder in einer andern genau bestimmten Sache bestand, welche gegeben werden sollte, gewöhnlich nur certi condictio genannt wurde (*e*).

(*) Daß nicht blos die stipulatio, sondern auch die beiden andern im Texte genannten Geschäfte, von welchen das eine noch nach Justinianeischem Rechte vorkommt (Note *a*), nach Römischem Sprachgebrauch eine verborum obligatio erzeugten, das ersieht man nicht aus dem Corpus iuris und auch nicht aus der Veronesischen Handschrift der ächten Institutionen von Gajus, in welcher die einschlagende Stelle (p. 153) lückenhaft ist, wohl aber aus Gaji Epit. II. 9. §. 2–4.

a) Dig. 38. 1. — Cod. 6. 3. — Zimmern RG. B. 1. §. 218. — Schilling Lehrb. B. 3. S. 277. 304 ff.

(*b*) Gajus III §. 92–127. — Inst. 3 15. (16.) — 19. (20.) — Dig. 45. 1. — Cod. 8. 38 und 39. — Donelli comm. iur. civ. Lib. 12. c. 15. 18. — Jo. Goeddaei Comm. de contrahenda et committenda stipulatione. Ed noviss. Herborn 1609. — Chr. Frid. Mühlenbruch Comm. histor. iurid. de vera origine, genuina vi ac indole stipulationis. Manhem. 1805. — J. A. van der Heim Diss. de contrahenda et committenda stipulatione. Lugd. Bat. 1813. — W. A. Maciejowski excurs. ad Virg. Aen. X. 74. Inest disquisitio de orig. stipulationis. Varsav. 1827. (Darüber: Witte in der Tüb. krit. Zeitschr. B. 4. S. 135.) — L. v. d. Pfordten Abhandl. S. 231 ff. — F. Liebe die Stipulation und das einfache Versprechen. Braunschw. 1840. (Darüber: Sintenis in der A. L. Z. 1841. E.-B. Nr. 88–90. Schmid in Richter's krit. Jahrb. B. 10. S. 869 ff. S. 961 ff.) — H. R. Gneist die formellen Verträge des neueren Röm. Obligationenrechts. Berl. 1845. S. 113 ff. — Schilling Lehrb. B. 3. S. 277 ff. — Danz Lehrb. B. 2. S. 106 ff. — G. E. Heimbach von dem Creditum. S. 285 ff — v. Savigny' O.-R. B. 2. §. 73 — Huschke Nexum S. 99 ff. — Ihering Geist des R. R. B. 2. S. 581 ff. — Schlesinger zur Lehre von den Formalcontracten und der exc. non num. pecuniae. Leipz 1858. S. 3 ff. — W. Girtanner die Stipulation und ihr Verhältniß zum Wesen der Vertragsobligation, insbesondere zum Creditum. Kiel 1859. — v. Keller Grundriß der Institutionen u s. w. §. 116.

(c) pr. §. 1. J. 3. 15. (16) — fr. 1. §. 7. D. 44. 7. — fr. 1. pr. D. 45. 1. — const. 10. C. 8. 38.

(*cc*) const. 10 cit. — pr. §. 1. J. cit. — Vorher kam oft viel auf die Formel an. So konnten z. B. mit Peregrinen Stipulationen im Allgemeinen giltig eingegangen werden, aber nicht in den Worten: dare spondes? die wahrscheinlich die älteste Stipulationsformel enthalten. Gaj. III. §. 93. 94. S. auch §. 418. Note *aa*. — v. Savigny a. a. O. nimmt an, diese Aenderung sei schon zur Zeit der klassischen Juristen eingetreten.

(*ccc*) const. 14. C. 8. 38. — §. 12. J. 3. 19. (20.)

(*d*) Ueber solche Urkunden s.: Gneist a. a. O. S. 233 ff. (Darüber: K. A. Schmidt

(v. Ilmenau) in Richter's krit. Jahrb. B. 21 S. 20 ff.) — Schlesinger a. a. O. §. 6. 7. — Bluhme in Bekker's und Muther's Jahrb. B. 3. S. 202 ff. — v. Keller a. a O. und Pand. §. 222

(*e*) pr. J. 3. 15. (16.) — fr. 74 D. 45. 1. — fr. 9. 24. D. 12. 1. — Ueber diesen Sprachgebrauch vergl.: SCHRADER ad pr. J. cit. — Schilling a. a. O. S. 294. — v. Savigny Syst. B. 3. S. 629 ff. — v. Wächter Erört. H. 2. S. 74. Note 51.

§. 416.

B. Insbesondere. 1) Poenae stipulatio (*a*)

Poenae stipulatio hieß bei den Römern diejenige Stipulation, wodurch sich Jemand für den Fall Etwas versprechen läßt, wenn die Leistung, die er zunächst ausbedingt, gar nicht oder nicht zur gehörigen Zeit gemacht werden sollte. Eine Mahnung ist dazu, daß die Conventionalstrafe verwirkt werde, in der Regel nicht erforderlich (*b*). Ist sie verwirkt, so hat der Gläubiger in der Regel (*c*) die Wahl, ob er auf Erfüllung desjenigen, was zunächst versprochen worden, oder auf die Strafe klagen will (*d*).

(*a*) CH. F. KERSTEN de poena conventionali. Lips. 1839. — Liebe die Stipulation S. 303 ff. — C. W. Wolff zur Lehre von der Mora. S. 36 ff. — Koch Recht der Ford. B. 2. S. 337 ff. — Unterholzner Schuldverh. B. 1. S. 247 ff. — v. Vangerow §. 614. — Sintenis Civilr. B. 2. §. 88. — MOLITOR T. 1. p. 191 seq. — v. Savigny O. R. B. 2. §. 80.

(*b*) Soll Etwas unterlassen werden, so wird die Strafe natürlich verwirkt, sobald es geschieht. Soll eine positive Leistung gemacht werden, so ist entweder eine Zeit dafür festgesetzt oder nicht. Ueber den ersten Fall s. const. 12. C. 8. 38, über den letzten fr. 115. §. 2. D. 45. 2.

(*c*) Es kann natürlich auch ausgemacht sein, daß er Beides zugleich soll verlangen dürfen, fr. 10 § 1. D. 2. 14. — fr. 115 §. 2. cit. — const. 17. C 2. 14 Ferner gibt es Fälle, in welchen nur auf die Strafe geklagt werden kann. §. 19. J. 3 19. (20.) — fr. 115. §. 2. cit. Auch kann endlich eine Strafe in der Art verabredet sein, daß der Schuldner sich durch Erlegung derselben von seiner Schuld soll befreien können (s. g. mulcta poenitentialis, Reuegeld).

(*d*) const. 14. C. 8. 38.

§. 417.

2. Fideiussio (*).

Diejenige Stipulation, die den Namen fideiussio führt, ist eine Art der Intercession. Eine Intercession aber ist überhaupt dann vorhanden, wenn Jemand durch ein Geschäft mit dem Gläubiger die Schuld eines Andern übernimmt oder ein Pfand dafür bestellt (*a*). Der Intercedent übernimmt entweder die Schuld statt desjenigen, für welchen er intercedirt (s. g. privative Intercession), oder dieser soll ungeachtet der Intercession obligirt sein (s. g. cumulative Intercession). Intercessionen der ersten Art sind besonders die expromissio (§. 494) und der Vertrag, wodurch Jemand bei einem Gläubiger, der einem Andern Credit geben sollte, die dadurch zu contrahirende Schuld, in der Absicht, zu intercediren, von Anfang an auf sich nimmt (*b*), indem er z. B. das für einen Andern aufzunehmende Darlehen in eigenem Namen aufnimmt. Intercessionen der letztern Art sind die, wodurch man sich zum gewöhnlichen Correalschuldner macht (§. 330) (*bb*), die fideiussio, das s. g. mandatum qualificatum (§. 391), das s. g. constitutum debiti alieni (§. 438) und die Bestellung eines Pfandrechts für eine fremde Schuld (*c*).

(*) Ueber die ehemaligen Eigenthümlichkeiten der sponsio und der fidepromissio, so wie über die ehemalige adstipulatio s. §. 418 Note *aa*.

(*a*) S. die unten §. 421 Note* angef. Literatur, ferner: Deurer im Arch. für civil. Pr. B. 28. Nr. 15. — v. Vangerow §. 577. — Sintenis prakt. Civilr. §. 129.

(*b*) fr. 8 §. 14. D. 16. 1. Vergl.. fr. 29. pr. D. ibid. — const. 4. 19. C. 4. 29.

(*bb*) S. jedoch fr. 17. D. 16. 1.

(*c*) const. 5. 7. C. 4. 29.

§. 418.

a. Begriff der fideiussio (*a*).

Fideiussio ist nach Röm. Rechte ein mittelst Stipulation geleistetes Versprechen, für die Zahlung der Schuld eines Andern einzustehen (*aa*). Sie kann bei allen Arten von Schulden eintreten (*b*), nur nicht bei solchen, welche für ganz ungiltig oder unwirksam erklärt sind (*c*); da aber ihr Zweck blos Sicherheit des Gläubigers ist, so kann sich der Bürge zwar strenger verpflichten, als der Hauptschuldner verpflichtet ist, aber nicht zu etwas Anderem, nicht auf mehr und nicht unter härtern Bedingungen (*d*).

(*a*) Gajus III. §. 115 seq. — Inst. 3. 20. (21.) — Dig. 46. 1. — Cod. 8. 41. — Donelli comm. ad. tit. Cod. de fideiussoribus. In oper. T. 9. p. 1307. — Ant. Hering de fideiussoribus. Ed. noviss. Francf. 1647. — Schrader in den Heidelb. Jahrbüchern 1818. nr. 12. — Aug. Guil. de Schröter de sponsoribus, fidepromissoribus et fideiussoribus. Jenae 1822. — J. B. C. H. Quinet de fideiussoribus. sec. ius. Rom. Lovanii 1825. — Jo. Vinc. Westrik Disp. ad locum Caji institutionum de sponsoribus, fidepromissoribus et fideiussoribus. L.B. 1826. — Kritz Pandektenr. Th. 1. B. 1. S. 115 ff. — Unterholzner Schuldverh. B. 2. S. 801 ff. — Koch Recht der Ford. B. 3. S. 848 ff. — v. Vangerow §. 578. — Sintenis a. a. O. — W. Girtanner die Bürgschaft nach gemeinem Civilrechte, historisch-dogmatisch dargestellt. Jena 1850 und 1851.

(*aa*) Die Ausdrücke fideiussio und fideiussor wurden in früherer Zeit nur gebraucht, wenn die Stipulation mit den Worten fide iubes und fide iubeo abgeschlossen wurde. Gebrauchte man das Wort spondes (wohl die älteste Art der Bürgschaft und der Stipulation überhaupt), so hieß die Bürgschaft sponsio und der Bürge sponsor, und bediente man sich der Worte fide promittis, so hieß das Versprechen fidepromissio und der Versprechende fidepromissor. Diese beiden Arten von Bürgschaften hatten mehrere Eigenthümlichkeiten. Namentlich setzten sie eine mit dem Hauptschuldner abgeschlossene Stipulation voraus und obligirten in der Regel nicht die Erben, sondern nur die Bürgen selbst und auch diese in Italien (nach der lex Furia de sponsu) nur zwei Jahre lang. Gaj. l. c. S. auch §. 419. Note *) *f*. und *g*. Anders nach Justinianeischem Rechte. S. z. B.: const. 26. C. 7. 41. — §. 8. J. 3. 26. Interpolirt sind wegen dieser Aenderung z. B.: fr. 16. pr. D. 46. 1 und fr. 48. pr. D. 4. 4. vergl. mit Paul. Sent. I. 9. §. 5; §. 3. J. 3. 29. (30.) vergl. mit Gaj. III. §. 117. — Girtanner S. 4 ff. S. 103 ff. — Wie es neben dem Hauptschuldner adpromissores gab, fr. 5. §. 2. D. 45. 1. — fr. 64. §. 4. D. 24. 3. — fr. 43. D. 46. 3 (die im Justinianeischen Rechte sämmtlich fideiussores heißen), so konnte nach älterem Rechte neben dem stipulator auch ein adstipulator vorkommen, der im Auftrag desselben sich das Nämliche stipulirte und das, was er empfing, an seinen Mandanten abzuliefern hatte. Die adstipulatio kam in alter Zeit wahrscheinlich als ein Mittel vor, um die Klage aus der Stipulation durch einen (zum Voraus legitimirten) Stellvertreter anstellen lassen zu können. Zur Zeit von Gajus aber, wo die processualische Stellvertretung ohnehin möglich war, wurde die adstipulatio ausschließlich oder wenigstens hauptsächlich da angewendet, wo die Hauptstipulation für sich allein keine Wirkung haben konnte, weil die Leistung erst den Erben des Stipulators gemacht werden sollte. Die Klage aus der adstipulatio stand nie einem Andern als dem adstipulator selbst zu. Sein Verhältniß zu dem Stipulator und dessen Erben konnte durch die mandati actio geltend gemacht werden, daneben war gegen den adstipulator, der die Forderung arglistig erließ, eine Delictsklage aus dem zweiten Capitel der lex Aquilia gestattet. Gaj. III. §. 110—113. 117. 215. 216. S. auch unten §. 451.

Note *c*. Im Corpus iuris wird die adstipulatio nicht mehr erwähnt. Wahrscheinlich kam sie ab, als durch Justinian's const. 11. C. 8. 38 auch die Veranlassung zu ihrer Abschließung, welche Gajus erwähnt, hinwegfiel.

(*b*) §. 1. J. 3. 20. (21.) — fr. 1. fr. 2. fr. 8. §. 1. 2. fr. 16. §. 3. fr. 37. D. 46. 1. Nur die Rückgabe der dos kann durch keine Bürgen gesichert werden. const. 1. 2. C. 5. 20.

(*c*) fr. 46. fr. 16. pr. fr. 32. D. 46. 1. In wiefern eine obligatio naturalis durch Bürgschaft gesichert werden kann, darüber s. man: fr. 6. §. 2. fr. 7. 16. §. 3. 4. cod. — §. 1. J. cit. vergl. mit fr. 9. §. 3. fr. 7. pr. D. 14. 6. — fr. 7. §. 1. D. 44. 1.

(*d*) §. 5. J. 3. 20. (21.) — fr. 1. §. 8. D. 44. 7. — Hatte der Bürge etwas Anderes, oder mehr versprochen, als der Hauptschuldner schuldig war, so war er nach Röm. Rechte zu Nichts verpflichtet. fr. 8. §. 7. fr. 42. D. 46. 1. Nach heutigem Rechte haftet er im letztern Falle wenigstens für den Betrag der Schuld. Franc. Car. Conradi de fideicussore in maiorem summam, quam quae debetur, adhibito. Helmst. 1734. Ueber den Grund zur Annahme dieser Aenderung sind die Meinungen allerdings verschieden. S. v. Vangerow §. 578 Anm. 1 am E. und die dort angeführten Schriften.

§. 419.

b. Wirkung der fideiussio.

Die Wirkung der fideiussio besteht: A. im Verhältnisse zwischen dem Bürgen und dem Gläubiger 1. darin, daß jener und dessen Erbe zahlen muß (*), wenn der Hauptschuldner nicht selbst Zahlung leistet (*a*), und zwar haftet der Bürge, wenn er die Bürgschaft schlechthin (in omnem causam) übernahm, nicht blos für die Hauptschuld, sondern auch für die Accessionen derselben, so weit auch ein ohne Beschränkung bestelltes Pfand dafür haften würde (§. 310.) (*b*), sonst aber nur für das, wofür er sich verbürgt hat (*c*). Uebrigens hat 2. der Gläubiger nach dem strengen Rechte die Wahl, ob er zuerst den Schuldner oder sogleich den Bürgen angreifen will (*d*); jedoch steht dem Bürgen nach neuerem Rechte das beneficium ordinis s. excussionis zu, kraft dessen derselbe verlangen kann, daß der Gläubiger immer erst den Hauptschuldner ausklage (*e*). 3. Mehrere Mitbürgen sind von Rechtswegen in solidum verpflichtet, haben aber nach neuerem Rechte das beneficium divisionis ex epistola D. Hadriani, nach welchem der auf das Ganze in Anspruch genommene Mitbürge verlangen kann, daß er, soweit die andern Mitbürgen zahlungsfähig sind, nur auf seinen Antheil belangt werde (*f*). 4. Die Klage des Gläubigers gegen den Bürgen war bei den Römern die actio ex stipulatu. B. Im Verhältnisse zu dem Hauptschuldner hat der Bürge, wenn er für denselben Zahlung leistet, das Recht, Schadloshaltung zu verlangen, und zwar (*g*), wenn er sich im Auftrage des Schuldners verbürgt hat, mit der contraria mandati actio, sonst nur mit der contraria negotiorum gestorum actio, oder ex iure cesso des Gläubigers (*h*), und er hat zu dem Ende das s. g. beneficium cedendarum actionum, kraft dessen er, bevor er die Schuld bezahlt, von dem Gläubiger die Cession seiner Forderung gegen den Hauptschuldner mit allen Pfandrechten verlangen kann (*i*).

(*) Ehemals war ein Maximum für Bürgschaftsschulden (ohne Unterschied zwischen sponsio u. s. w.) durch eine lex Cornelia festgesetzt. Gaj. III. §. 124. 125.

(*a*) fr. 2. J. 3. 20. (21). — fr. 4. §. 1. C. 46. 1. — Wenn indeß der Bürge beweist, daß der Gläubiger durch sein eigenes Versehen keine Befriedigung vom Schuldner erhalten habe, so wird er nach dem neuern Röm. Recht (s. unten Note *d*. u. *e*) frei

von der Bürgschaft. fr. 41. pr. D. 46. 1. — fr. 95. §. 11. D. 46. 3. — C. D. THIBAUT de fideiussore creditoris in exigendo negligentia liberato. Heidelb. 1829. — v. Vangerow a. a. O. Anm. 3. — Girtanner S. 483 ff. — A. M. Bothmer in Gans' Zeitschr. für Hannover. B. 1. H. 1. S. 15 ff. — Jäger in Linde's Zeitschr. B. 5. S. 231 ff.

(*b*) fr. 54. pr. D. 19. 2. — fr. 4. §. 1. fr. 56. §. 2. D. 46. 1. — fr. 32. pr. D. 26. 7. — fr. 88. D. 45. 1. — fr. 24. §. 1. D. 22. 1.

(*c*) fr. 68. §. 1. D. 46. 1.

(*d*) const. 5. C. 8. 41. Hat sich indeß der Bürge nur für dasjenige verbürgt, was der Gläubiger vom Schuldner nicht würde erlangen können, so muß dieser nothwendig zuerst ausgeklagt werden. fr 116. D. 45. 1. — const. 1. C. 10. 2. — CHR. THOMASII Diss. de fideiussore indemnitatis. Halae 1703. et in ejusd. Diss acad. T. 2. nr. 62. pag. 887.

(*e*) const. 5. C. 8. 41. — Nov. 4. c. 1. — CAR. ANT. SCHAAB Diss. de fideiussore, qui ut debitorem principalem se obligavit, beneficio ordinis gaudente. Mogunt. 1786. — G. E. Schmidt die gemischten Einreden. Dresb. 1839. S. 90 ff. — L. Pfeiffer die processualische Natur der Einrede der Vorausklage. Tüb. 1846. — Girtanner S. 113 ff. S. 199 ff. S. 423 ff. — Ueber die Frage: ob nach eröffnetem Concurse über das Vermögen des Hauptschuldners die exceptio excussionis von Seiten des Bürgen noch stattfinde? s. man: Weber von der nat. Verb. §. 115. Note 4. — Gönner Handb. des Proc. B. 4. Nr. 82. §. 31. — Sell in Linde's Zeitschr. B. 3. S. 243., welche sie verneinen, und: Jäger in ders. Zeitschr. B. 5. S. 231. und Chop im Arch. für civ. Pr. B. 15. S. 50., welche sie bejahen. Vergl. Girtanner S. 438 ff. u. besonders S. 447 ff.

(*f*) GAJUS III. §. 121. 122. — §. 4. J. 3. 20. (21.) — const. 3. C. 8. 41. — Girtanner §. 31 und 32. S. 457 ff. Vergl. oben §. 330. a. E. — In der ältern Zeit, als die sponsores und fidepromissores von den fideiussores unterschieden wurden, hafteten zwar auch mehrere sponsores oder fidepromissores im Zweifel in solidum, aber eine lex Apuleja gab hier demjenigen, welcher mehr als einen Kopftheil bezahlte, eine Regreßklage gegen die übrigen, als ob eine Societät zwischen ihnen bestände, und nach der lex Furia theilte sich in Italien die Verbindlichkeit unter denjenigen, die zu der Zeit, wo die Klage angestellt werden konnte, noch lebten, in gleiche Theile. Diese Gesetze gaben die Veranlassung zur Einführung des benef. divisionis für fideiussores, welches denn außerhalb Italien wohl auch auf sponsores und fidepromissores angewendet wurde. GAJ. III. §. 121. 122. Mit dem Gesagten hing auch die veraltete Vorschrift zusammen, welche GAJ. III. §. 123. mittheilt.

(*g*) Der sponsor hatte ehemals auch die depensi actio, eine besonders begünstigte Klage, die in der Geschichte der legis actio per manus iniectionem eine Rolle spielt. GAJ. III. §. 127. IV. §. 9. 22. 25. 102. 171. 186.

(*h*) §. 6. J. 3. 20. (21.) — fr. 4 pr. D. 46. 1. — fr. 43. D. 3. 5. — Weber von der nat. Verb. §. 116. 117.

(*i*) fr. 36. 39. D. 46. 1. — const. 2. 11. C. 8. 41. — Mühlenbruch von der Cession S. 412—414. 445. — Gans Scholien zu Gajus S. 417. — Gesterding Nachforschungen Th 1. S. 293. — Girtanner S. 94 ff S. 211 ff. 248 ff. S. 468 ff. S. überhaupt auch noch: N. L. BURMAN de fideiussoribus eorumque privilegiis. Traj. ad Rh. 1804. — Girtanner S. 423 ff.

§. 420.

c. S. g. fideiussio fideiussionis.

Noch verdient hier die s. g. fideiussio fideiussionis erwähnt zu werden. Eine solche kann in zwiefacher Absicht übernommen werden, nämlich 1. zu noch mehrerer Sicherheit des Gläubigers, so daß für den Bürgen noch ein Anderer zu haften verspricht (Afterbürge) (*a*); 2. oder zur Sicherheit des Bürgen, so daß Jemand diesen schadlos zu halten verspricht, wenn er Zahlung für den Hauptschuldner leisten muß (Rückbürge) (*b*).

(*a*) fr. 8. § 12. fr. 27. §. 1. D. 46. 1. — C. A. GRÜNDLER comm. de fideiussore fideiussoris. Halae 1794.

(*b*) fr. 4. pr. D. ibid.

§. 421.

d. Bürgschaften der Frauenspersonen (*).

Der Regel nach ist Jeder, welcher sich verpflichten kann und freie Disposition über sein Vermögen hat, fähig, sich zu verbürgen und überhaupt zu intercediren. Doch leidet dieß besonders (*a*) bei den Frauenspersonen eine Ausnahme. A. Durch das Sctum Velleianum (unter Claudius) ist nämlich: 1. jede Intercession einer Frauensperson, sie bestehe, worin sie wolle (§. 417) (*aa*), dergestalt für unwirksam erklärt, daß sich die Intercedentin, wenn sie aus der Intercession belangt wird, nicht nur mit der exceptio Scti Velleiani gegen die Klage des Gläubigers schützen (*b*), sondern auch, wenn sie aus Rechtsirrthum bereits Zahlung geleistet hat, das Gezahlte mit der condictio indebiti zurückfordern kann (*c*). Macht nun die Intercedentin gegen die Klage des Gläubigers von der exceptio Scti Gebrauch, so erhält der Gläubiger, wenn die Intercession eine Expromission war, seine alte Klage gegen den ursprünglichen Schuldner als utilis actio wieder (actio restitutoria s. rescissoria) (*d*); war aber die Intercession von der Art, daß dadurch ein Dritter von einer künftigen Schuld befreit wurde, so erhält der Gläubiger gegen diesen die durch die Intercession der Frauensperson begründete Klage als utilis actio (s. g. actio institutoria) (*e*). Hat endlich eine Frauensperson mit einer Mannsperson zugleich für einen Dritten intercedirt, so haftet die Mannsperson allein für das Ganze, es wäre denn, daß beide sich nur pro rata verpflichtet hätten, wo die Mannsperson nur zu ihrem Antheile haftet, während der Gläubiger zu dem Antheile der Frauensperson, wenn die Intercession eine privative ist, die actio restitutoria oder institutoria gegen denjenigen hat, für welchen intercedirt worden ist (*f*). 2. Es gab indeß schon vor Justinian mehrere Fälle, in denen sich eine Intercedentin ausnahmsweise nicht auf das Sctum Velleianum berufen konnte. Dahin gehört (*ff*): wenn sie für die Intercession entschädigt ist (*g*), wenn sie bei derselben betrügerisch gegen den Gläubiger handelte (*h*), wenn dieser ein Minderjähriger war (*i*), wenn er sich über Thatsachen, auf welche es nach dem Sctum ankommt, in einem entschuldbaren Irrthum befand (*ii*), und wenn sie dem Gläubiger versprochen hat, sich der exceptio Scti nicht bedienen zu wollen (*k*). B. Justinian fügte 1. zu den eben genannten früheren Ausnahmsfällen noch den hinzu, wenn eine zur Zeit der Intercession volljährige Frauensperson dieselbe nach zwei Jahren wiederholt (*l*); sodann verordnete er 2. daß die Intercession einer Frauensperson, wenn sie nicht in einer öffentlichen und von 3 Zeugen unterschriebenen Urkunde übernommen worden, ipso iure nichtig sein solle, ohne daß es einer Berufung auf das Sctum Velleianum bedürfe, ausgenommen, wenn der Gläubiger beweisen könne, daß die Intercedentin für die Intercession entschädigt worden (*m*). 3. In zwei späteren Constitutionen verordnete er, das Sctum solle keine Anwendung erleiden, wenn eine Frauensperson für die Freilassung eines Sclaven oder für die Bestellung einer dos intercedirt hat (*n*). 4. Endlich verordnete Justinian durch die Nov. 134 c. 8., woraus die Auth. Si qua mulier C. 4. 29. genommen ist, daß die Intercession einer Ehefrau für ihren Ehemann schlechthin ungiltig sein solle, wenn sie auch noch so oft wiederholt, und selbst dann, wenn sie in einer öffentlichen Urkunde übernommen sein sollte, ausgenommen, wenn dasjenige, wofür sie intercedirt, zu ihrem eigenen Nutzen verwendet worden ist (*o*). Die nach Justinian's Verordnungen ipso iure eintretende Nichtigkeit einer Intercession wird natürlich durch Verzicht der Intercedentin auf diese Rechtswohlthat nach Römischem Recht nicht abgewendet (*p*).

(*) PAULUS II. 11. — Dig. 16. 1. — Cod. 4. 29. — Nov. 134. c. 8. — DONELLI comm iur. civ. Lib. 12. cap. 29—32. — Jo. AUG. HELLFELD de intercessione mulierum et Scto. Velleiano. Jenae 1739. — et in Ejusd. opusc. nr. 14. — Carl Ludw. Chr. Röslin Abhandl. von den besondern weibl. Rechten (2 Bde. Mannheim 1775. 1779.) B. 2. S. 53—260. — HENR. DIET. SUSE Diss. de iure singulari feminae intercedentis. Gött. 1803. — v. Zangen über weibliche Bürgschaften. Gießen 1804. — CHR. GOTTL. BIENER de fideiussione mulierum quaestiones. Lips. 1808.; et in eiusd. opusc. ed. FRID. AUG. BIENER Vol. I. nr 26. — Glück Comm. Th. 14. 15. §. 920—927. — Roßhirt Zeitschr. für Civil- und Criminalrecht B. 1. H. 2. S. 135 ff. — Sintenis in Linde's Zeitschr. B. 10. Nr. 2. — Kritz Pandektenr. Th. 1. B. 1. S. 240 ff. — B. WINDSCHEID de valida mulierum intercessione. Bon. 1838. — Kattenhorn über Intercessionen der Frauen. Gießen 1840. — v. Vangerow §. 581. — Bachofen ausgewählte Lehren des R. Rechts. Nr. 1. — Windscheid im Arch. für civ. Pr. B. 32. Nr. 12. u. 13. — Girtanner a. a. O. S. 133 ff. S. 258 ff. S. 335 ff. — Fuhr im Arch. f. prakt. R. W. B. 2. S. 69 ff. S. 102 ff.

(*a*) Auch den Soldaten und Geistlichen ist es untersagt, Bürgschaften zu übernehmen, jedoch nur in Beziehung auf Pachtungen und fiscalische Verwaltungen. const. 31. C. 4. 65. — Nov. 123. c. 6. — GOTTSCHALK disc. for. T. 1. C. 27. — Girtanner S. 143 ff. 283 ff. 368 ff.

(*aa*) Das Scium handelt nur von zwei Fällen, bei der Anwendung wurde es aber auf die übrigen ausgedehnt. Darüber, so wie über das Verhältniß des Senatsbeschlusses zu dem frühern Recht: Bachofen a. a. O. — Girtanner S. 133 ff.

(*b*) fr. 2. §. 1. D. 16. 1. — const. 1. 3. 16. C. 4. 29.

(*c*) fr. 8. §. 3. D. ibid. — const. 9. C. ibid. Hat sie für eine fremde Schuld ein Pfand bestellt, so kann sie auch dieses zurückfordern. fr. 32. §. 1. D. ibid.

(*d*) fr. 1. § 2. fr. 8. §. 9—13. fr. 14. fr. 16. §. 1. in fin. fr. 20. fr. 32. §. 5. D. ibid. — const. 16. C. ibid.

(*e*) fr. 8. §. 14. D. ibid.

(*f*) fr. 48. D. 46. 1. — const. 8 C. 4. 29. — CHR. COTTL. BIENER interpret. et resp. cap. 36. 37. Lips 1828. et in eiusd. opusc. ed. FR. AUG. BIENER Vol. II. nr. 114 115

(*ff*) Der Streit über einige hier nicht erwähnte Ausnahmen hängt zusammen mit der Frage über das Princip des Sc'i. Vell. S.: Bachofen a. a. O. — Windscheid im Arch. für civ. Pr. a. a. O. — Girtanner S. 335 ff.

(*g*) fr. 16. pr. fr. 21. pr. fr. 22 D. 16. 1. — const. 2. C. ibid.

(*h*) fr 2. § 3. fr. 11. fr. 27. pr. fr. 30. pr. D. ibid. — const. 18. C. ibid. — Weber Beitr. zu der Lehre von den Klagen und Einreden St. 1. S. 21 — Girtanner S. 344 ff.

(*i*) fr. 12. D. 4. 4. — Girtanner S. 346.

(*ii*) fr. 4. pr. fr. 7. fr. 11. 12. 17. pr. §. 1. fr. 27. pr. fr. 28. §. 1. D. 16. 1. — const. 1. C. 4. 29. — Girtanner S. 344.

(*k*) fr. 32. §. 4. D. 16. 1. Die Art, wie hier ein einzelner Fall behandelt wird, so wie Nov. 118. c. 5., zeigt, daß man gegen einen Verzicht auf die exceptio Nichts einzuwenden hatte, er mag nun mit der Intercession verbunden oder später erst abgelegt werden. Indessen wollen Viele in den angeführten Stellen nur zwei Ausnahmen von einer entgegenstehenden Regel finden, so z. B. Weber nat. Verb. §. 74. S. aber: v. Vangerow a. a. O. und die dort Angeführten. — Girtanner S. 136—139. Ueber Intercessionen aus Freigebigkeit (donandi animo) vergl. auf der einen Seite: Cropp in s. und Heise's jurist. Abhandl. Th. 2. Nr. 6., und auf der andern Seite: Weber a. a. O., v. Vangerow a. a O., Windscheid a. a. O. S. 295 ff. und Girtanner S. 338 ff.

(*l*) const. 24. C. 4. 29. — Girtanner S. 140. 347 ff.

(*m*) const. 23. C. ibid. — Girtanner S. 141. Ueber den wahren Sinn und Umfang dieser Constitutionen gibt es sehr verschiedene Ansichten. Man vergl.: Thibaut System §. 948. — Höpfner Comm. §. 838. Note 3. — Girtanner S. 351 ff.

(*n*) const. 24. 25. C. ibid. — Girtanner S. 141 und 142.

(*o*) Spangenberg in Linde's Zeitschr. B. 2. S. 47. und in s. prakt. Erört. B. 1. S. 48. — Hofmann in ders. Zeitschr. B. 14. Nr. 10. S. 266 ff. — Girtanner S. 142. 358 ff.

(*p*) Wohl aber nach canonischem Rechte durch eidliche Bestärkung der Intercession. Ueber die verschiedenen Ansichten vergl. Glück Comm. Th. 15. §. 925. — von Bülow' Abhandl. Th. 2. S. 58. — Cropp a. a. O. Th. 1. Nr. 10. — Girtanner S. 278 ff. S. 363.

IV. Literarum obligatio.

§. 422.

I. Wirkliche Fälle derselben.

So wie die verborum obligatio auf einer mündlichen, so beruhte die literarum obligatio auf einer schriftlichen Form (literis contrahitur obligatio). Im ältern Rechte gehörten dahin die transscriptitia nomina in den Hausbüchern, und bei Peregrinen die syngraphae und chirographa (*a*). Diese ältern literarum obligationes kommen unter Justinian nicht mehr vor (*b*). Auch gibt es hier keine neue literarum obligatio (*c*). Zwar finden die Institutionen einen gewissen Fall der ehemaligen literarum obligatio ähnlich, allein genau betrachtet ist dies kein Fall eines Literalcontractes, sondern ein Fall, in welchem aus einem Realcontract, obgleich derselbe nicht abgeschlossen worden ist, dennoch mit Erfolg geklagt werden kann, wegen einer Urkunde, die der Beklagte dem Kläger eingehändigt hat und die nach den Gesetzen unumstößlich beweist, weil jener sich nicht zur rechten Zeit gegen die Beweiskraft derselben gehörig verwahrt hat (*d*). Dieser Fall hängt zusammen mit der Lehre von der exceptio non numeratae pecuniae, welche deshalb hier abgehandelt werden soll.

(*a*) Ueber diese literarum obligatio des älteren Rechts sehe man: Cicero pro Roscio c. 1—5. pro Cluentio c. 14. 30. de off. III. 14. ad Attic. IV. 18. in Verrem II. 1. cap. 36 und Pseudo-Asconius ad h. l. — Gajus III. §. 128—134. Theophilius ad Inst. 3. 21. (22.) — Herm. ab Idsinga Disp. de mutuo et veteri literarum obligatione. Franeq. 1736 und in Oelrichs thes. diss. nov. Belg. Vol. I. T. 1. p. 107. — v. Almendingen über die rationes domesticae der Römer; in Grolman's u. Löhr's Mag. B. 2. H. 2. — Unterholzner in der Zeitschr. für gesch. RW. B. 1. S. 248. — Erb in den Heidelb. Jahrb. 1816. S. 97. Besonders aber: von Savigny über den Literalcontract der Römer; in den Abhandl. der Berliner Academie der Wissenschaften v. J. 1816. 1817. — Gans Scholien zum Gajus S. 419. — Ant. Zachar. Hanlo Diss. de nominum obligatione. Amstel. 1825. — W. T. Kraut Comm. de argentariis et nummulariis. Gött. 1826. cap. 7—9. (Ueber die beiden letzten Schriften: Zimmern in Schunck's Jahrb. B. 4. S. 153—174.) — Agath. Wunderlich Diss. de antiqua literarum obligatione. Gött. 1832. — Armin. Ern. Endemann Pr. de chirographo et exceptione non numeratae pecuniae. Marb. 1832. pag. 1—7. — C. A. Schmidt (Ilmenav.) observationes quaedam de literar. oblig. in Dessen Ausg. der orat. Cic. pro Roscio comoedo. Lips. 1839. c. 2. pag. 14—21. — Keller in den Sell'schen Jahrb. B. 1. Nr. 3. S. 93 ff. und in s. Grundriß der Institutionen u. s. w. §. 125. — H. Schüler die literar. oblig. des ältern Röm. Rechts. Bresl. 1842. — Danz Lehrb. der Gesch. des R. R. §. 162. B. 2. S. 109 ff. — v. Savigny's oben cit. Abh. neu abgedruckt mit einem Nachtrag von 1849; in s. verm. Schriften B. 1. Nr. 9. (Aus dem J. 1841 ist Dessen Syst. B. 5. Beil. 14. Nr. 9.) — E. Pagenstecher de antiqua literar. obligatione. Heidelb. 1851. — Der altrömische Literalcontract bestand nach Gajus darin, daß der Gläubiger eine bestehende Geldforderung, z. B. aus einem Verkaufe, durch transscriptio in seinem codex accepti et expensi in eine literarum obligatio umwandelte, was aber nur mit Zustimmung des Schuldners giltig geschehen konnte, ohne daß dieser jedoch, wie bei der Novation durch Stipulation, persönlich zugegen sein mußte. Sollte die Person des Schuldners nicht wechseln, so hieß der Eintrag transscriptio

a re in personam; sollte sie wechseln, wozu natürlich die Zustimmung des neuen Schuldners erforderlich war, so hieß er transscriptio a persona in personam. Die erstere ließen die Sabinianer auch bei peregrinischen Schuldnern zu, nicht aber die letztere. War nun der codex accepti et expensi (was Keller sehr wahrscheinlich macht, s. auch v. Savigny in dem Nachtrag) ein Kassabuch, hatte er also zunächst die Bestimmung, die Geldeinnahmen und Geldausgaben darzustellen, und durfte er mithin nichts enthalten, was mit dem jeweiligen Bestand der Kassa nicht übereinstimmte, so muß die transscriptio in einem doppelten Eintrag bestanden haben, in einer acceptilatio und einer expensilatio, als ob der Gläubiger die ausstehende Summe baar empfangen und sofort als Darlehen wieder hergegeben hätte. Nicht so der Eintrag eines wirklich gegebenen einfachen Darlehens. Dieser kam in dem Buche des Gläubigers nur als expensilatio und in dem Buche des Schuldners nur als acceptilatio vor. Ein solcher Eintrag, arcarium nomen, begründete nach Gajus keine literarum obligatio, sondern es blieb bei der abgesehen von dem Eintrag schon vorhandenen *re* contracta obligatio. (Mit der Darstellung von Gajus steht die von Theophilus im Widerspruch. Während nun Schüler sich an Thophilus halten zu müssen glaubt, sucht v. Savigny in dem angeführten Nachtrag zu erklären, wie der Irrthum des Theophilus entstanden sein möge.) — Ist die Keller'sche Auffassung des transscript. nomen die richtige, so mußte dasselbe, wenn der codex acc. et exp. nicht früher außer Gebrauch kam (Pseudo-Asconius, der aber nicht vor dem vierten Jahrhundert schrieb, sagt, er sei außer Gebrauch), seine praktische Bedeutung verlieren, seitdem es möglich war, eine bestehende Schuld durch bloße Verabredung in eine Darlehensschuld zu verwandeln, was bereits Ulpian zugab, fr. 15. D. 12. 1, nachdem noch Africanus in fr. 34. pr. D. 17. 1. sich dagegen erklärt hatte. — Ueber die syngraphae et chirographa der Peregrinen, welche Gajus erwähnt, s. besonders: Gneist die form. Vertr. des neuern R. Obligationenr. S. 331. 416. 475 ff. 503 ff. Synpraphae ist ein früherer, chirographa ein späterer Ausdruck für Schuldscheine, wie sie in den griechischen Provinzen des Röm. Staats gewöhnlich waren. Da bei diesen Provincialen das Römische Contractensystem nicht galt, so konnte hier aus einfachen Schuldscheinen in der Regel geklagt werden. Dies ist es, worauf Gajus hindeutet. Der unächte Asconius, nach welchem die syngraphae etwas ganz Anderes gewesen sein sollen als die chirographa, steht mit früheren Nachrichten im Widerspruch und lebte zu spät, um hier als Autorität gelten zu können.

(*b*) J. 3. 21. (22.).

(*c*) Deswegen wurde auch in den Pandectenstellen, welche in ihrer ursprünglichen Fassung vier Gattungen von Contracten aufzählen, die Erwähnung des Literalcontractes überall gestrichen. fr. 1. § 3. D. 2. 14. — fr. 1. §. 1. fr. 4. D. 44. 7. — fr. 8. §. 1. D. 46. 1. — fr. 1. §. 1. D. 46. 2. — In §. 2. J. 3. 13. (14) ist sie stehen gelassen; dieses mußte aber geschehen, weil die Verfasser der Institutionen wenigstens eine kurze historische Notiz über diesen ehemaligen Contract geben zu müssen glaubten, die sie um so mehr erst an der Stelle geben wollten, wo Gajus von demselben handelt, d. h. in dem Titel de literarum obl., als sie diese Rubrik auch gerne benutzten, um gelegentlich einige Worte über die neuere exc. non num. pec. zu sagen, für die sie keine passendere Stelle fanden als die, an welcher auch Gajus schon von den chirographa, auf welche diese exc. sich bezieht, gelegentlich so viel gesagt hatte, als zu seiner Zeit darüber gesagt werden mußte.

(*d*) Ueber diese angebliche literarum obligatio des neuern Rechts sehe man: Inst. 3 21. (22.) — Cod. 4. 30. — DONELLI comm. ad tit. Cod. 4. 30. — Meurer jurist. Abhandl. B. 1. nr. 1—3. — Hugo civ. Mag. B. 1. 1ste Ausg. S. 396. 448. 2te Ausg. S. 146. 181. — Pfeiffer verm. Aufsätze nr. 3. — Glück Comm. Th. 12. §. 786—788. — MAIER de vera exceptionis non numeratae pecuniae indole. Wirceb. 1807. — Reinhardt verm. Aufsätze Heft 1. nr. 9. — Andr. Hansen im Arch. für civil. Pr. B. 4. nr. 9. — Unterholzner ebend. B. 7. nr. 1. — Cropp in s. und Heise's jurist. Abh. B. 1. Nr. 18. — S. B. Gans Zeitschr. für die Rechtspflege in Hannover B. 1. S. 169. — Pfeiffer prakt. Ausführungen B. 2. S. 148. — Marezoll in s. und Linde's Zeitschr. B. 3. S. 259. — Ph. G. L. W. Waldeck Controversen-Entscheidungen. Th. 1. S. 178. — ENDEMANN l. c. p. 11—20. — Liebe die Stipulation S. 376 ff. — Sintenis in den Sell'schen Jahrb. B. 1. Nr. 6. und in s. Civilr. B. 2. §. 96 Anm. 28 ff. B. 3. §. 133. Anm. 36. — Gneist a. a. O. Abschn. 1. 3 u. 4. — Heimbach

vom Creditum S. 633 ff. — Einert über das Wesen u. die Form des Literalcontracts in Vergleichung mit dem Wechsel. Leipz. 1852. (Krit. Zeitschr. f. d. gesammte RW. B. 1. S. 479 ff.) — O. Bähr die Anerkennung als Verpflichtungsgrund. Cassel 1855, besonders §. 26—28. 35—39. 62 u. im Anhang S. 291 ff. (Arndts in der krit. Ueberschau B. 4. S. 1 ff. besond. S. 36 ff. u. S. 230 ff.) — Brinz Pand. B. 1. S. 425 ff. — Bähr in Ihering's u. v. Gerber's Jahrb. Bd. 2. Nr. 6 u. 8 u. besond. S. 346 ff. — R. Schlesinger zur Lehre von den Formalcontracten und der querela non num. pecuniae. Leipz. 1858. S. 180 ff. (Darüber: Windscheid in Pözl's krit. Vierteljahrschr. B. 1. S. 110 ff.)

§. 423.

II. Exceptio non numeratae pecuniae. A. Beim Darlehen.

Bei dem Darlehen kam eine exceptio non numeratae pecuniae nach Römischem Rechte auf verschiedene Weise vor. 1. Obgleich auf die Rückzahlung eines als Darlehen gegebenen Capitals (*a*) schon nach Römischem Rechte auch ohne Stipulation geklagt werden konnte, so schloß man doch häufig eine Stipulation darüber ab, und dann war es die gewöhnliche Klage aus der Stipulation, die man anzustellen hatte (*b*). Diese war nach strengem Rechte auch begründet, wenn die Hingabe des Darlehens, in deren Erwartung die Stipulation ohne Bedingung geschlossen worden, nicht erfolgt war (*c*). Weil aber hier die Stipulation sine causa abgeschlossen war, so konnte der Promittent sich der exceptio doli (*d*) oder der exceptio non numeratae pecuniae bedienen (*e*); auch konnte er mit der condictio sine causa verlangen, daß die Stipulation durch acceptilatio rückgängig gemacht und er dadurch ipso iure frei werde (*f*). Konnte übrigens der Stipulator die geleugnete Auszahlung des Darlehens beweisen, so zeigte sich sowohl die exceptio non numeratae pecuniae als die condictio sine causa als unbegründet, ohne daß es darauf ankam, wie viele Zeit nach der Stipulation verflossen war. Alles dieses galt natürlich auch dann, wenn der Stipulator einen von dem Promittenten ausgestellten Schein über den Abschluß der Stipulation in Händen hatte. 2. War aber in einem solchen Scheine auch das Bekenntniß enthalten, daß der Promittent das Darlehen empfangen habe, so hätte er nach einer allgemeinen Regel über den Urkunden-Beweis nur durch eine andere Urkunde den Gegenbeweis führen können, und dieser wäre zulässig gewesen, wenn auch noch so lange Zeit nach der Ausstellung des Scheins abgelaufen war. Es kam jedoch unter den späteren Kaisern die Ausnahmsregel auf, daß hier die Auszahlung des Darlehens durch den Schuldschein in den ersten zwei Jahren (*g*) nach seiner Ausstellung noch nicht erwiesen wird, sondern auf andere Weise erwiesen werden muß, und ebenso später, wenn innerhalb der ersten zwei Jahre die condictio sine causa anhängig gemacht oder eine gehörige Protestation (querela non numeratae pecuniae) gegen den Schein eingelegt worden ist (*h*), daß dagegen, wenn dieses unterblieb, auch kein Gegenbeweis zugelassen wird (*i*). 3. Das Nämliche galt auch in dem Falle, wenn kein Schein über eine Stipulation ausgestellt war, wohl aber ein einfacher Schein über den Empfang des Darlehens (*k*). Nur war hier die Klage, welche der angebliche Darleiher anstellen, und wenn zwei Jahre lang Nichts gegen den Schein geschehen war, auch durchsetzen konnte, nicht die aus der Stipulation, sondern die aus dem Darlehen; und die in den ersten zwei Jahren zulässige Einwendung war nicht eine wahre exceptio, sondern ein Ableugnen des Klagegrundes, welches aber in einem uneigentlichen

Sinne ebenfalls exceptio non numeratae pecuniae genannt wurde. Der Fall nun, wenn Jemand vermittelst eines Scheines dieser Art die Klage aus dem Darlehen durchsetzen kann, ohne wirklich ein Darlehen gegeben zu haben, ist es, welchen die Institutionen dem ehemaligen Literalcontract ähnlich finden (*l*). Man muß aber bedenken, daß hier die Klage die nämliche ist, wie da, wo das behauptete Darlehen wirklich gegeben worden ist, und daß der Kläger den Sieg nicht davon trägt, weil ein anderer Klagegrund vorhanden ist, sondern weil die Hingabe des Darlehens als bewiesen angesehen werden muß (*m*).

(*a*) Ueber die versprochenen Zinsen s. §. 397 Note *h*.

(*b*) fr. 6. §. 1. fr. 7. D. 46. 2. Vergl. fr. 126. §. 2. D. 45. 1.

(*c*) Gaj. IV. §. 116.

(*d*) Gaj. l. c. — fr. 2. §. 3. D. 44. 4.

(*e*) fr. 4. §. 16. D. 44. 4. — fr. 29. pr. D. 17. 1.

(*f*) fr. 1. 3. D. 12. 7.

(*g*) Zuerst war es ein Jahr, seit Diocletian waren es fünf, Herm. Cod. tit. 1., seit Justinian's const. 14. pr. C. 4. 30. zwei Jahre.

(*h*) const. 4. 6. 8. 9. 12. 14. §. 4. const. 15. C. ibid.

(*i*) const. 8. in f. const. 10. 14. pr. C. ibid.

(*k*) Die meisten Constitutionen des Codextitels 4. 30. bezeichnen den Schuldschein auf eine Weise, die auch für diese Art desselben paßt. Dazu kommt noch Tit. J. 3. 20. (21.)

(*l*) Inst. 3. 21. (22.) — Sie heben besonders heraus, daß sie diese Aehnlichkeit nur da finden, wo es an einer Stipulation und einem Scheine darüber fehlt: „cessante scilicet verborum obligatione."

(*m*) Die hier dargestellte Ansicht über die exc. n. n. p. war früher fast nur in zwei Punkten bestritten. Einige Schriftsteller fanden nämlich in dem Falle unter 3 einen neuen Literalcontract des Justinianeischen Rechts (§. 322 Note *d*), und viele andere behaupteten, wenn die exceptio durch Zeitablauf verloren gegangen, sei dem Beklagten noch der Gegenbeweis zu gestatten, daß er das Darlehen nicht empfangen habe. (S. auch Fick in der Heidelb. krit. Zeitschr. B. 1. S. 485 ff.) In neuester Zeit wurden aber nicht weniger als drei neue Ansichten aufgestellt, die alle von dem Bestreben zeugen, die Singularität der Vorschriften unter 2 und 3 so viel als möglich zu negiren (s. §. 322. Note *d*). Am weitesten geht Einert, indem er behauptet, diese Vorschriften beziehen sich nur auf den Fall, wenn in der ein Versprechen (mit oder ohne Stipulation) enthaltenden Urkunde die Angabe, daß der Versprechende den Betrag empfangen habe, und überhaupt jede Angabe eines materiellen Grundes, fehle. Bähr, der, wie Einert, in dem Falle unter 3 einen Literalcontract (wenigstens einen Quasi- oder Pseudo-Literalcontract) annimmt, behauptet, hier und in dem Falle unter 2 könne der Darleiher, so lange die exc. zulässig ist, den ihm obliegenden Beweis der Hingabe des Darlehens auch durch den fraglichen Schuldschein führen. Schlesinger endlich verlangt von Demjenigen, welcher die exc. (oder die erwähnte Klage) durchsetzen will, den Beweis, daß der Schuldschein in der Erwartung eines Darlehens ausgestellt worden sei, und legt, falls derselbe geführt wird, der andern Partei den Beweis auf, daß diese Erwartung in Erfüllung gegangen sei. Gegen Einert s. die angef. Recension seines Buches; gegen Bähr s. Arndts a. a. O. und theilweise Brinz a. a. O., gegen Bähr und Schlesinger s. Windscheid a. a. O. und Sintenis Civilr. a. a. O.

§. 424.

B. Bei der dos.

Bei der dos kommt seit Justinian etwas Aehnliches vor (*a*), wofür der Ausdruck exceptio auch nur in einem uneigentlichen Sinne gebraucht wird. Wenn nämlich in instrumentis dotalibus gesagt ist, es sei eine dos gegeben,

die doch nicht ausbezahlt worden ist, so kann der Mann oder sein Erbe, wenn die Ehe binnen zwei Jahren getrennt wird, noch ein Jahr lang, wenn sie nach zwei, aber binnen zehn Jahren getrennt wird, noch drei Monate lang sich gegen die Klage auf Restitution der dos mit der exceptio dotis cautae sed non numeratae schützen und innerhalb dieser Fristen auch auf Zurückgabe seiner Verschreibung klagen. Nach Ablauf dieser Fristen, so wie dann, wenn die Ehe zehn Jahre gedauert hat, wird er und sein Erbe mit der erwähnten Klage, so wie mit der exceptio dotis cautae sed non numeratae, nicht weiter gehört, sondern ist schlechthin zur Restitution der dos, die in den Dotal-instrumenten als gegeben angeführt ist, verpflichtet, wenn er nicht innerhalb jener Zeit geklagt oder eine gehörige Verwahrung eingelegt hat. War er aber bei Eingehung der Ehe noch minderjährig, so hat er zwölf Jahre Zeit, sich über den Nicht-Empfang der versprochenen dos zu beschweren, und wenn er vor Ablauf dieser Frist stirbt, so hat sein volljähriger Erbe noch ein Jahr, sein minderjähriger Erbe noch fünf Jahre von Auflösung der Ehe an Zeit zur querela oder exceptio dotis cautae sed non numeratae. Nach Ablauf dieser Fristen beweisen die Dotalinstrumente unumstößlich (*b*).

(*a*) S. darüber besonders Gneist S. 32 ff.

(*b*) Nov. 100, wodurch die const. 3. C. 5. 15, nach welcher früher die querela oder exceptio dotis cautae sed non numeratae in jedem Falle noch ein Jahr lang nach aufgelöster Ehe stattfand, aufgehoben ist, wie sich aus Nov. 100 praef. vergl. mit c. 1. verb. „nec annum dantes" ergibt. Glück Comment. Th. 25. §. 1239. — Osenbrüggen zur Interpretation des corp. iur. civ. Cap. 2. — Gneist a. a. O. — A. M. ist v. Buchholtz jur. Abhandl. Nr. 10., welcher die Nov. 100 nur von der Klage auf Rückgabe der Handschrift, die const. 3. cit. aber von der *exceptio* dotis non numeratae verstanden wissen will und letztere durch die Novelle für nicht aufgehoben hält. Die im §. 423 Note *m* erwähnten neuen Ansichten von Bähr und Schlesinger werden für die exc. dotis c. s. n. s. ganz ebenso aufgestellt wie für die eigentliche exc. n. num. pec.

Zweiter Titel.

Von den Pactis (*a*).

§. 425.

Begriff und Arten derselben überhaupt.

Pacta hießen bei den Römern die Verträge überhaupt (*aa*), besonders aber die auf Begründung einer Forderung gerichteten Verträge, die keine Contracte waren. Diese erzeugten nach Römischem Rechte in der Regel keine klagbare obligatio (*b*) (s. g. pacta nuda). Einigen derselben wurde aber im Laufe der Zeit Klagbarkeit beigelegt (s. g. pacta non nuda s. vestita), andere dagegen wurden verboten (*c*). Die schon nach Römischem Rechte (*d*) klagbaren pacta, von welchen hier noch näher die Rede sein soll, werden nach dem Grunde ihrer Klagbarkeit in s. g. pacta adjecta, in s. g. pacta legitima und s. g. pacta praetoria eingetheilt.

(*a*) Dig. 2. 14. — Cod. 2. 3. — S. die oben §. 363 a. Note *d* angef. Schriften.

(*aa*) S. z. B. Cic. de invent. II. 22. — Auct. ad Herenn. II. 13.

(*b*) fr. 7. §. 4. fr. 45. D. 2. 14. — const. 28. C. 2. 3. — Aber doch, nach der gewöhnlichen Ansicht, eine naturalis obligatio. fr. 84. §. 1 D. 50. 17. — fr. 1. pr. D. 2. 14. — fr. 95. §. 4. D. 46. 3. — fr. 5. §. 2. D. ibid. — fr. 11. §. 3.

D. 13. 7. — const. 22. C. 4. 32. — A. M.: LELIÈVRE quid est obl. nat. p 21 — v. Meyerfeld Schenkungen S. 344 ff. — Unterholzner Schuldverh. B. 1 §. 23. Für jene Ansicht ausführlich: v. Savigny Obl. R. S. 53 ff. Dagegen aber wieder: Brinz krit. Blätter Nr. 3. S. 16 ff.

(c) Die verbotenen Verträge sind zum Theile schon gelegentlich vorgekommen, zum Theil werden sie weiter unten (§. 530) gelegentlich vorkommen. Hier soll nur der Spielvertrag und die Wette erwähnt werden, die beide nicht immer verboten sind. 1. Unter den Spielen waren bei den Römern nur die gymnastischen erlaubt, und auch bei diesen durfte nur um einen mäßigen Preis gespielt werden, fr. 2. §. 1 D. 11. 5. — const. 3. C. 3. 43.; alle übrigen waren dergestalt verboten, daß aus denselben nicht nur keine Klage und keine naturalis obligatio auf Bezahlung statt fand, sondern daß (nach der ungloſſirten const. 3 cit.) sogar der bezahlte Verlust binnen 50 Jahren noch zurückgefordert werden konnte. S. überhaupt: Dig. 11. 5. — Cod. 3. 43. (non gloss.) — PET. PANTOJA DE AJALA comm. ad. titt. D. et C. de aleatorib.; in OTTONIS thes. Tom. 4. p. 905 — Glück Comm. B. 11. S. 757 ff. — J. J. LIND ad tit. Dig. de aleatorib. L. B. 1816. — H. KOCK responsio ad quaest.: quid alea, quid aleator sit? Trai. ad Rhen. 1817. — *Eiusdem.* disp. de alea. Trai. ad Rhen. 1819. — E. Gans in d. Beitr. zur Revis. der preußischen Gesetzgebung Bd. 1. S. 164 ff. — Wilda in der Zeitschrift für deutsches Recht B. 2. S. 133 ff. — L. v. der Pfordten Abhandl. Nr. 4. §. 5. — Heimbach im Rechtslex. B. 10. S. 390 ff. — Ueber das jetzt sehr gewöhnliche Ausspielgeschäft s. m.: C. Grolman Vers. einer Entwickelung der rechtl. Natur des Ausspielgeschäfts. Gießen 1797. — J. E. Lange Rechtstheorie von dem Ausspielgeschäft Erl. 1818. — 2. Wetten sind zwar im Allgemeinen erlaubt, wenn sie aber bei Spielen vorkommen, so sind sie eben so erlaubt und verboten wie diese selbst, fr. 3. D 11. 5.; und das Letztere ist auch der Fall, wenn sie auf einen Gegenstand gerichtet sind, der den guten Sitten zuwider ist, fr. 17 §. 5. D. 19. 5. Betrug macht auch die sonst erlaubte Wette unwirksam, und dahin gehört, wenn der eine Theil gewiß weiß, wie es sich mit der Sache verhält und dieses dem Anderen, um ihn zur Wette zu verleiten, verhehlt. S. überhaupt: Glück a. a. O. — Gans a. a. O. — v. d. Pfordten a. a. O. — Wilda in der Zeitschrift für D. R. B. 8. S. 200 ff. — Schwarz u. Heyne Untersuchung praktisch wichtiger Materien. Dresden 1841. S. 84 ff. — Heimbach a. a. O.

(*d*) Daß heutzutage jeder an sich nicht fehlerhafte und nicht verbotene Vertrag eine obligatio und actio begründet, ist bereits oben (§. 363 a.) erwähnt worden.

I. Pacta adiecta.

§. 426.

1. Begriff derselben.

Pacta adiecta nennt man diejenigen Verträge, welche einem contractus bonae fidei (*) gleich beim Abschlusse desselben hinzugefügt worden sind, so daß sie also gleichsam einen Theil des Contracts selbst ausmachen, weshalb denn auch auf ihre Erfüllung mit der aus dem Contracte selbst entstehenden Klage geklagt werden kann (*a*). Durch solche Nebenverträge wird gewöhnlich Etwas, was sonst aus der rechtlichen Natur des Contracts folgen würde, abgeändert (detrahitur contractui); oft aber wird dadurch auch Etwas festgesetzt, was sonst aus der allgemeinen rechtlichen Natur des Contracts nicht folgen würde (adiicitur contractui) (*b*).

(*) Der Ausdruck pacta adjecta paßt auch für diejenigen Verträge, welche einem contractus stricti juris sofort beigefügt worden sind; allein die angegebene Wirkung hatten diese p. adj. nach Römischem Rechte im Ganzen nicht. fr. 51. §. 5. D. 2. 14. Jedoch enthält schon das neuere Röm. Recht einige Milderungen dieser Strenge. fr. 40. D. 12. 1. — fr. 7. eod. — v. Savigny Syst. B. 6. S. 127 ff.

(a) fr. 7. §. 5. D. 2. 14. — const. 10. 13. C. 2. 3. — const. 2. C. 4. 54. — von Buchholtz jur. Abh. S. 278.

(b) fr. 7. §. 5. 6. D. 2. 14. — fr. 72 pr. D. 18. 1. Daher die Regel: Pacta dant legem contractui.

§. 427.

2. Einzelne Arten derselben.

Zu den Nebenverträgen, wodurch solche besondere Bestimmungen und Modificationen des Hauptvertrags begründet werden (a), gehört unter andern: 1. das pactum protimiseos, wodurch sich der Verkäufer einer Sache auf den Fall, daß der Käufer dieselbe wieder verkaufen sollte, ein Vorkaufsrecht vor jedem Andern ausbedingt. Um es aber eintretenden Falls geltend zu machen, muß sich der Verkäufer zu demselben Gebote und denselben Bedingungen verstehen, welche der Dritte angeboten hat (b). 2. Das pactum de retrovendendo, wodurch sich der Verkäufer einer Sache das Recht vorbehält, nach oder binnen einer gewissen Zeit zu verlangen, daß der Käufer ihm dieselbe zurückverkaufe (c). 3. Die in diem addictio, wenn entweder verabredet wird, daß der Verkauf rückgängig werden solle, wenn sich binnen einer bestimmten Zeit ein besserer Käufer findet, oder daß er erst dann giltig sein solle, wenn sich binnen einer bestimmten Zeit kein besserer Käufer meldet (d). 4. Das pactum de non praestanda evictione, wodurch dem Verkäufer die Verbindlichkeit zur Gewährleistung erlassen wird (e). 5. Das pactum commissorium oder die lex commissoria, wodurch verabredet wird, daß der Verkäufer von seiner Verbindlichkeit frei sein solle, wenn der Käufer den Kaufpreis nicht zur bestimmten Zeit bezahlt (f). 6. Das pactum displicentiae, wodurch sich einer oder der andere, oder beide Contrahenten die Reue auf eine bestimmte Zeit lang vorbehalten (g). 7. Die beim Pfandcontracte vorkommende antichresis, von welcher bereits oben §. 315 die Rede gewesen ist. 8. Das pactum de non alienando (h), wodurch der Erwerber einer Sache verpflichtet wird, dieselbe zu Gunsten einer bestimmten Person nicht zu veräußern (i).

(a) Ueber alle diese Verträge sehe man überhaupt: Westphal vom Kauf-, Pacht- und Miethcontract u. s. w. S. 482—571. — Glück Comm. Th. 16. §. 990 ff. — W. H. Puchta Handb. des gerichtl. Verf. in nicht streit. Rechtssachen Th. 2. §. 135—141. — Bucher Recht der Forderungen §. 66. — Seuffert Pandectenr. B. 2. §. 390—395.

(b) fr. 75. D. 18. 1. — fr. 21. §. 5. D. 19. 1. — Einigen Personen steht ein solches ius protimiseos von Rechtswegen zu, z. B. dem dominus emphyteuseos, const. 3. C. 4. 66. (s. oben §. 296) und heutzutage den Lehensherren und den Lehensfolgern. II. F. 9. §. 1. S. überhaupt: Gottl. Eus. Oeltze de quaestione, an in venditione gratiosa ius protimiseos locum habeat? Jenae 1767. — G. S. Madihn de iure protimiseos eiusque a retractu discrimine. Halae 1758. — Geiger und Glück merkw. Rechtsfälle B. 2. nr. 21. — von Bülow und Hagemann prakt. Erört. B. 3. nr. 31.

(c) fr. 12. D. 19. 5. — const. 2. C. 4. 54. — Ant. Faber de error. pragm. Dec. 22. — Jo Schilter de pacto retrovenditionis; adi. eiusd. praxi artis analyticae P. 3. — Leyser med. ad Pand. spec. 191.

(d) Dig. 18. 2. — Donelli comm. iur. civ. Lib. 16. c 18. — Quistorp rechtl. Bemerk. Th. 1. nr. 10. — Glück Comm. Th. 16. §. 1001—1005. — S. J. G. Behrens Comm. de periculo et commodo rei sub lege addictionis in diem venditae. Kil. 1793. — Franc Jos. Musset observat. de conventionibus ad conditionem initis. Wetzlar. 1813. cap. 1—3.

(*e*) fr. 11 §. 18. D. 19. 1. — J. H. Böhmer exerc. ad Dig. T. 4. nr. 61. — G. L. Böhmer praef. ad J. H. Böhmer ex erc. ad Dig. T. 4.

(*f*) Dig. 18. 3. — Cod. 8. 35. — Donelli comm. iur. civ. L. 10. c. 19. — G. S. Madihn de effectu legis commissoriae parte pretii soluta. Halae 1755. — Jo. Wilkens de lege commissoria emtionis venditionis. Gött. 1786. — Kind quaest. for. Ed. I. T. 1. c 44. Ed. II. T. 2. c. 85. — Glück Comm. Th. 16. §. 1006—1012. — C. Albert über den commissorischen Vertrag im Allgemeinen und insbesondere bei Zeitpachtcontracten über Landgüter. Halle 1822. — W. Müller civil. Abh. Th. 1. S. 27 ff. — Wolff üb. die Mora S. 76 ff.

(*g*) fr. 3. D. 18. 1. — Jo. Aug. Bach de mulcta poenitentiali in emtione venditione. Lips. 1756. et in opusc. nr. 10.

(*h*) Henr. Carrard (Pr. Chr. Gmelin) Diss. de pacto de non alienando. Tüb. 1789.

(*i*) Ein häufig vorkommender Nebenvertrag, der aber keine obligatio erzeugt oder beseitigt, ist das s. g. pactum reservati dominii oder reservatae hypothecae, wodurch sich der Verkäufer, welcher den Kaufpreis creditirt, das Eigenthum der verkauften Sache bis zur Bezahlung des Kaufpreises vorbehält oder sich zur Sicherheit desselben eine Hypothek an der Sache bestellen läßt. Hert de reservato dominio. In opusc. Vol. 2. 3. — A. F. Goessel de vi reservati dominii. Colon. 1793. — Fetzer (pr. Gmelin) de iure separationis, quod orto concursu venditori in re vendita competit. Tubing. 1799. — Bolley von den öffentlichen Unterpfändern. Tübingen 1813. §. 50. 51. — Gensler im Arch. für die civil. Pr. B. 2. S. 291. — Müller ebend. B. 12. S. 274. — von Geyso in Linde's und Marezoll's Zeitschr. B. 5. S. 161. — Duncker im Rhein. Mus. für Jurispr. B. 5. (1.) Nr. 4 und 7. — Müller civ. Abh. B. 1. Nr. 1. (Allg. Lit. Zeit. 1835. S. 557.) — Gottschalk de hypotheca reservata, in Disc. for. T. 1. c. 25. — Büchel Erört. B. 1. H. 2. S. 74 ff. — C. H. Hofmann im Arch. f. civ. Pr. B. 18. Nr. 11. — v. Vangerow B. 1. §. 311. Anm. 1.

II. Pacta legitima.

§. 428.

Begriff derselben.

Pacta legitima nennt man diejenigen, denen durch das neuere Civilrecht ausnahmsweise Klagbarkeit beigelegt worden ist (*a*). Dahin gehört, außer mehreren andern (*b*), insbesondere das pactum donationis, das pactum, wodurch eine dos versprochen wird, und das compromissum.

(*a*) fr. 6. D. 2. 14. „*Legitima* conventio est, quae lege aliqua confirmatur: et ideo interdum ex pacto actio nascitur, vel tollitur, quotiens Lege vel Senatusconsulto adiuvatur.“ Diejenigen pacta legitima, welche die Wirkung hatten, daß eine Obligation dadurch ipso iure aufgehoben wurde, gehören nicht hierher.

(*b*) Z. B. denen, wodurch Zinsen für ein Darlehen ausnahmsweise klagbar versprochen werden (§. 397. Note *h*. §. 399) und demjenigen constitutum, welches erst durch Justinian klagbar geworden ist (§. 438. Note *l*).

§. 429.

I. Schenkung (*). A. Begriff (**) und Arten.

Unter Schenkung (donatio) im engern und eigentlichen Sinne versteht man jede Freigebigkeit, wodurch man sein eigenes Vermögen vermindern und Jemanden eine Vermögensbereicherung einräumen will, ohne rechtlich dazu verpflichtet zu sein, und welche dieser acceptirt (*a*). Die dabei vorkommenden Personen sind der donans oder donator und derjenige, cui donatur, der s. g. donatarius. Die Schenkung selbst ist entweder eine donatio mortis causa oder eine donatio inter vivos, je nachdem ihre Perfection von dem

Tode des Schenkers abhängig gemacht ist oder nicht (*b*). Da die erstere erst unten (§. 737 ff.) näher betrachtet werden kann, so wird hier nur von der letztern die Rede sein.

(*) PAULI sent. rec. 5. 11. — Fragm. Vat. §. 248—316. — Cod. Theod. 8. 12. — Inst. 2. 7. — Dig. 39. 5. — Cod. 8. 54—56. — DONELLI comm. iur. civ. Lib. 5. cap. 2. L. 14. c. 26—32. — JOS. FERNANDEZ DE RETES de donationibus; in MEERMANI Thes. Tom. 6. p. 553. — STISSER Diss. de donat. natura et indole sec. ius Rom. Halae 1799. — S. C. KLINKHAMER (pr. J. VAN HALL) comm. de donationib. ex Vat. fragm. illustratis. Amstel. 1826. — J. V. JOURET Diss. de donationibus inter vivos ex iure Rom. Lovan. 1827. — v. Meyerfeld die Lehre von den Schenkungen nach R. R. B. 1. Marb. 1835. B. 2. Abth. 1. Das. 1837. — v. Savigny Syst. B. 4. S. 1 ff. — Sintenis prakt. Civilr. §. 23. B. 1. S. 203 ff. 2. Aufl. S. 198 ff. — Schilling Lehrb. §. 348 ff. B. 3. S. 741 ff.

(**) v. Meyerfeld Abschn. 1. und 2. — v. Savigny S. 18—165. — Schilling §. 348—350.

(*a*) §. 1. J. 2. 7. — fr. 1. pr. fr. 29. D. 39. 5. „Donari videtur, quod nullo iure cogente conceditur." fr. 38. D. 18. 1.

(*b*) §. 1. 2. J. 2. 7. — fr. 30. D. 39. 6.

§. 430.

B. Schenkung unter Lebenden. 1. Subjecte derselben.

Soviel die bei einer Schenkung unter Lebenden vorkommenden Personen betrifft, so kann der Regel nach Jeder eine solche Schenkung machen, welcher freie Dispositionsbefugniß über sein Vermögen hat, und ebenso kann Jeder durch eine solche Schenkung erwerben, der nur überhaupt erwerbfähig ist. Nur dürfen nicht beide Personen in derselben patria potestas, und auch nicht die eine in der potestas der andern stehen (*a*).

(*a*) fr. 1. §. 1. D. 41. 6. Doch leidet dieß seit dem Aufkommen der Peculien mehrere Ausnahmen. const. 4. C. 3. 36. — const. 6. §. 2. C. 6. 61. Ferner: fr. 31. §. 2. D. 39. 5. — const. 17. pr. C. 8. 54. — const. 25. C. 5. 16.

§. 431.

2. Object derselben.

Gegenstand einer Schenkung kann Alles sein, was eine Vermehrung des Vermögens des Beschenkten durch Verminderung des Vermögens des Schenkers gewährt (*a*). Man kann daher durch Schenkung nicht blos Eigenthum auf den Beschenkten übertragen (*b*), sondern ihm auch iura in re einräumen (*c*); man kann ihm Forderungen einräumen (*cc*) und cediren (*d*), ihn von einer Schuld befreien (*e*) und zu seinem Vortheil auf erworbene Rechte Verzicht leisten (*f*). Selbst das ganze Vermögen des Schenkers kann den Gegenstand der Schenkung ausmachen; darunter ist alsdann aber nur immer das reine Vermögen des Schenkers, was nach Abzug der Schulden übrig bleibt, zu verstehen, und nur hierauf erlangt der Beschenkte ein Recht (*g*). Eine Universal-Succession wird durch eine solche donatio omnium bonorum niemals begründet, weshalb auch der Beschenkte wegen der Schulden des Schenkers von dessen Gläubigern nicht unmittelbar in Anspruch genommen werden kann (*h*).

(*a*) fr. 9. §. 3. D. 39. 5.

(*b*) Die Schenkung einer fremden Sache begründet nur einen Usucapionstitel. fr. 2. 3. D. 41. 6. — fr. 13. pr. D. 39. 6.

(*c*) fr. 9. pr. fr. 28. D. 39. 5.
(*cc*) Auch eine neue Forderung an den Schenker selbst. Vergl. §. 433, 1 u. 3. u. §. 434. Nur in diesem einen Falle gehört die Schenkung zu den pacta legitima, unter welchen wir die ganze Lehre von derselben abhandeln.
(*d*) fr. 2. §. 2. fr. 33. §. 3. D. 39. 5. — const. 22. C. 4. 35. — „Si autem *per donationem* cessio facta est." — const. 23. ibid.
(*e*) fr. 17. fr. 23. pr. D. 39. 5. — fr. 1. D. 2. 15.
(*f*) fr. 5. §. 13—15. D. 24. 1.
(*g*) fr. 72. pr. D. 23. 3. — fr. 12. D. 39. 5. — fr. 39. D. 50. 16.
(*h*) A. M. ist zwar LEYSER spec. 494. med. 2, welcher den Donatar in einem solchen Falle als Universalsuccessor betrachtet; allein man sehe: KIND quaest. for. Ed. I. T. 4. c. 34. Ed. II. T. 2. c. 63. — Hasse im Arch. für civ. Prax. B. 5. S. 28. — Elvers in der Themis B. 1. S. 344. — v. Meyerfeld B. 2. §. 21. — v. Savigny Syst. §. 159. B. 4. S. 134 ff.

§. 432.

3. Verschiedene Arten derselben.

Die Schenkung ist entweder eine reine Schenkung (donatio mera), wenn sie lediglich auf der Liberalität des Schenkenden beruht (*a*); oder sie ist durch besondere Rücksicht auf eine Leistung des Donatars veranlaßt (donatio non mera). Wird alsdann Etwas zur Vergeltung für geleistete Dienste oder empfangene Wohlthaten geschenkt, so ist es eine s. g. donatio remuneratoria (*b*); wird dagegen Etwas geschenkt zu einem Zwecke, den der Beschenkte erfüllen soll, so ist es donatio sub modo (*c*). Die Nichterfüllung eines einer Schenkung bindend beigefügten modus wird nach Römischem Rechte als Verletzung eines Innominatcontractes behandelt, und der Schenker kann daher entweder mit der condictio ob causam datorum die Schenkung widerrufen (*d*), oder mit der actio praescriptis verbis auf Erfüllung des modus klagen (*e*).

(*a*) fr. 1. pr. fr. 29. pr. D. 39. 5.
(*b*) fr. 27. fr. 34. §. 1. D. ibid. — fr. 6. pr. fr. 7. D. 17. 1. — fr. 12 §. 2. 3. D. 26. 7. — CAR. SCHILDENER de differentiis inter donationem simplicem et remuneratoriam spuriis. Jenae 1798. — von Bülow Abhandl. Th. 2. nr. 9. — Ed. Mahir über die Natur und Wesenheit der donatio remuneratoria. München 1828. (Darüber v. Schröter in Schunck's Jahrb. B. 11. S. 7.) — Kritz Rechtsfälle Nr. 1. — v. Meyerfeld §. 19. — v. Savigny S. 88 ff. — v. Vangerow §. 125.
(*c*) const. 9. 22. C. 8. 54. — const. 8. C. 4. 64. — const 1. C. 8. 55. — const. 2. 6. C. 4. 6. — FRID. BERGMANN de natura donationum sub modo. Gött. 1808. — WAECHTER de condict. causa data c. n. s. Tub. 1822. pag. 89 seq. — v. Meyerfeld §. 20. — v. Savigny S. 280 ff.
(*d*) S. übrigens auch §. 435. In einem Falle kann er sich auch der rei vindicatio bedienen. const. 1. C. cit.
(*e*) Die letztere fällt natürlich hinweg, wenn der Schenker kein eigenes Interesse an der Erfüllung des modus hat. Dagegen kann der Dritte, an welchen das Geschenk restituirt werden soll, mit einer utilis actio darauf klagen. const. 2. C. 6. 45. — const. 3. C. 8. 55.

§. 433.

4. Form derselben.

1. Nach dem ältern Rechte war das bloße pactum donationis nicht klagbar. Sollte eine Schenkung durch Einräumung einer Forderung gegen den Schenker giltig und wirksam errichtet werden, so mußte dieses in Form einer Stipulation geschehen. Auch durften nach einer Lex Cincia (a. 550.) Schenkungen, die an nahe Angehörige ausgenommen, ein gewisses Maß nicht übersteigen (*a*). 2. Im neuern Rechte wurden durch kaiserliche Constitutionen mancherlei Formalitäten für Schenkungen vorgeschrieben, und diese Vorschriften erlitten häufige Abänderungen (*b*). 3. Justinian endlich verordnete, daß

auch das bloße pactum donationis klagbar sein und daß nur dann, wenn eine Schenkung sich über 500 solidi belaufe, gerichtliche Insinuation derselben erforderlich sein solle. Unterbleibt diese gerichtliche Insinuation, so ist die Schenkung, insoweit sie jene Summe übersteigt, aber auch nur insoweit, ungiltig, und es kann, wenn sie schon erfüllt sein sollte, der Ueberschuß zurückgefordert werden (*c*). Einige Schenkungen bedürfen indeß ausnahmsweise, wenn sie auch jene Summe übersteigen, der Insinuation nicht. Dahin gehören insbesondere die Geld-Schenkungen zur Loskaufung von Gefangenen und zur Wiederherstellung ruinirter Häuser (*d*), solche Schenkungen, welche der Regent oder die Regentin machen, oder die ihnen gemacht werden (*e*), und die donatio propter nuptias (*f*), nicht aber auch remuneratorische Schenkungen (*g*).

(*a*) Ueber das ältere Recht, besonders über die Lex Cincia, s. man: Fragm. Vaticana §. 263. §. 302—311. — Brummer Comm. ad Legem Cinciam. Paris. 1668. — v. Savigny über die Lex Cincia; in der Zeitschr. für gesch. RW. B. 4. nr. 1. (Vergl. Hugo in den Gött. gel. Anz. 1819. nr. 20. 21.) — Ad. Aug. Frid. Rudorff Diss. de Lege Cincia. Berol. 1825. — Car. Frid. Christ. Wenck in praefat. ad Hauboldi opusc. acad. Vol. I. p xxxvii—lxi. Vol. II. p. xxxiii. — Schrader in d. Tüb. krit. Zeitschr. f. RW. B. 1. H. 1. S. 184. — Wilh. Francke über die Lex Cincia; in Dessen civ. Abhandl. nr. 1. — Aug. Cuil. de Schröter Observationes iuris civilis. Obs. 5. — F. A. van der Burgh Comm. de donationibus; in annal. Academ. Leod. a. 1824—25. — S. C. Klinkhamer Comm. (§. 429.) cit. cap. 2. — Hasse von dem Recht der Lex Cincia; im Rhein. Museum für Jurisprudenz, Jahrg. 1. Heft 3. nr. 8. (Ueber die vier letzten Schriften: Zimmern in Schunck's Jahrb. B. 6. S. 48.) — J. P. D. Serverans Diss. ad Legem Cinciam. Gandavi 1829. — Unterholzner über das Cincische Gesetz, im Rhein. Mus. Jahrg. 2. Heft 4. S. 435. Jahrg. 3. Heft 2. S. 153. — Hasse über das interd. utrubi bei der Lex Cincia; ebendas. Jahrg. 3. Heft 2. S. 175. (Ueber diese beiden Abhandlungen: Warnkönig in Schunck's Jahrb. B. 13. S. 245. — Gött. gel. Anz. 1828. St. 84.) — v. Langenn u. Kori Erört. Th. 1. S. 43. — Schilling Bemerkungen über Röm. R.-G. S 99 ff. — Wächter im Arch. für civil. Prax. B. 16. S 115—120. — G. Bruns quid conferant Vat. fragm. ad melius cognosc. i. r. p. 112 seq. — Liebe die Stipulation S. 105 ff. — Puchta Inst. §. 206. — Schilling Lehrb. B. 3. S. 850 ff. — v. Vangerow §. 122. Anm. 1. — v. Savigny verm. Schriften B. 1. Nr. 12, wo die oben citirte, vor der Entdeckung der Vaticanischen Fragmente geschriebene, Abhandlung mit einem Nachtrag von 1849 abgedruckt ist.

(*b*) Ueber dieses neuere Recht sehe man: Fragm. Vaticana § 249. — const. 1. C. Th. 3. 5. — const. 1. C. Th. 8. 42. — const. 25—33. C. 8. 54. — Aug. Einert Diss. de donatione immodica coram competente iudice insinuanda. Lips. 1805 und besonders: Marezoll in Löhr's Mag. B. 4. (2.) S. 175 und in seiner und Linde's Zeitschr. B. 1. Nr. 1. — Wenck l. c Vol. 1. §. 14 seq. — Klinkhamer l. c. p. 154. seq. — Unterholzner a. a. O. S. 167 ff. — v. Löhr im Arch. für civ. Prax. B. 15. Nr. 20. §. 2. S. 339—345. — v. Savigny Syst. B. 4. S. 199 ff. — Schilling Lehrb. B. 3. S. 889 ff. — Liebe die Stipulation S. 131 ff. — v. Keller Grundriß der Institutionen u. s. w. §. 151.

(*c*) Ueber dieses Justinianeische Recht s. man: §. 2. J. 2. 7. — const. 34—37. C. 8. 54. — Nov. 52. c. 2. — Nov. 162. c. 1. — Kind quaest. for. Ed. I. T. 4. c. 32. Ed. II. T. 4. c. 33. — Einert, Marezoll, v. Löhr und v. Savigny a. a. O. — Schilling a. a. O. S. 919 ff. — Osenbrüggen zur Interpretation des corp. iur. civ. Cap. 3. — v. Keller a. a. O. — Ueber die Schenkung jährlicher Renten, insofern sie diese Summe übersteigen, s. const. 34. §. 4. C. ibid. und über die Auslegung dieser Verordnung besonders Marezoll, v. Savigny und Schilling a. a. O., v. Vangerow §. 122. Anm. 2. und Briegleb im Arch. f. civ. Prax. B. 38. Nr. 6. Uebrigens sind auch Schenkungen unter Ehegatten, wenn sie diese Summe übersteigen, jener Formalität unterworfen, es wäre denn, daß der Schenker sie in seinem letzten Willen ausdrücklich bestätigt hätte. const. 25. C. 5. 16. — Nov. 127. c. 2.

(*d*) const. 36. pr. §. 2. C. 8. 54. Nicht aber Schenkungen ad pias causas überhaupt. const. 34. pr. C. eod. — const. 19. C. 1. 2. — v. Buchholtz in Linde's Zeitschr. n. F. B. 11. Nr. 4.
(*e*) const. 34. pr. C. 8. 54. — Nov. 52. c. 2.
(*f*) Nov. 119. c. 1. Wenigstens schadet die unterlassene Insinuation der Frau nicht, wohl aber kann der Mann selbst Nachtheil davon haben. Nov. 127. c. 2. — Marezoll am zuletzt a. O. S. 27.
(*g*) Die Meisten halten zwar auch diese für befreit von der Insinuation, allein man sehe: Marezoll S. 30. — v. Meyerfeld B. 1. §. 19 — v. Savigny Syst. B. 4. S. 86 ff. Indessen sind mit eigentlichen remuneratorischen Schenkungen nicht zu verwechseln die Fälle, von welchen die Rede ist in fr. 27. fr. 34. §. 1. D. 39. 5. — Ueber die Frage: ob bei dem Erlasse einer Schuld über 500 solidi gerichtl. Insinuation erforderlich ist? s. Marezoll S. 41 und von Langenn und Kori Erört. Th. 1. S. 43.

§. 434.

5. Wirkung derselben.

Die Wirkung einer Schenkung unter Lebenden, wenn sie auf eine dem Beschenkten zu machende Leistung geht, besteht darin, daß dieser auf Erfüllung klagen kann, und zwar, wenn sie durch Stipulation gemacht wurde, mit der actio ex stipulatu, sonst mit der condictio ex Lege 35. §. ult. C. de donationibus (8. 54.) (*a*); jedoch kann der Schenker immer nur in id, quod facere potest, verurtheilt werden, und ist nicht schuldig, Verzugszinsen zu zahlen (*b*). Auch zur eigentlichen Evictionsleistung ist er nicht verpflichtet, ausgenommen, wenn er es versprochen, oder wenn er wissentlich eine fremde Sache geschenkt und den Donatar dadurch in Schaden gebracht hat (*c*).

(*a*) §. 2. J. 2. 7. — const 35. §. ult. C. 8. 54. — Nov. 162. c. 1. Das Eigenthum der geschenkten Sache erlangt der Donatar aber immer erst durch die Tradition derselben. const 20. C. 2. 3. — §. 40 in fin. J. 2. 1.
(*b*) fr. 12. fr. 22. fr. 23. pr. §. 3. D. 39. 5. — fr. 19. §. 1. fr. 30. 49. 50. D. 42. 1.
(*c*) const. 2. C. 8. 45. — fr. 18. §. 3. D. 39. 5. Vergl. fr. 62. D. 21. 1. — Ging aber das Versprechen auf ein genus, und der Versprechende gibt eine fremde Sache, so ist dieses keine Zahlung und er kann daher zur Leistung einer andern Sache angehalten werden. S. fr. 46. verb. mit fr. 45. §. 1. 2. D. 30. — fr. 38. §. 3. fr. 72. §. 5. 6. D. 46. 3. A. M. sind zwar u. A.: Thibaut civ. Abhandl. nr. 4. und Unterholzner Schuldverh. B. 2. S. 524. Allein s. besonders: Schweppe jur. Mag. St. 1. S. 145. — Glück B. 20. S. 256 ff. — Bucher S. 212 ff. — v. Vangerow §. 610. Anm. 2.

§. 435.

6. Gründe des Widerrufs derselben.

Die Schenkung unter Lebenden ist der Regel nach unwiderruflich. Diese Regel leidet indeß Ausnahmen: A. wenn die Schenkung so groß ist, daß dadurch der Pflichttheil derjenigen verletzt wird, welche diesen vom Schenker zu fordern berechtigt sind (inofficiosa donatio) (*a*). Dieß ist nach dem Bestande des Vermögens des Schenkers zur Zeit der Schenkung zu bestimmen. Eine solche inofficiöse Schenkung kann alsdann auf den Antrag der dadurch verletzten Pflichttheils-Berechtigten, nicht aber auch des Schenkers selbst, rescindirt werden, und zwar immer nur insoweit, als erforderlich ist, um dem Kläger seinen Pflichttheil zu verschaffen (*b*). B. Der Schenker selbst ist in folgenden Fällen zur Revocation berechtigt (*bb*): 1. wenn der Beschenkte sich eines großen Undanks gegen ihn schuldig macht. Dahin gehört, wenn er demselben nach dem Leben trachtet, wenn er sich thätlich an ihm vergreift, wenn er ihm hinterlistigerweise einen großen Vermö-

gensverlust zuzieht, wenn er ihm eine sonstige schwere Beleidigung zufügt und wenn er die bei der Schenkung übernommenen Verbindlichkeiten nicht erfüllt (*c*). In allen diesen Fällen ist indeß nur der Schenker, nicht auch dessen Erbe zum Widerrufe berechtigt; auch kann jener die geschenkten Sachen nur mit einer persönlichen Klage von dem Empfänger (*d*) und ohne die inzwischen gezogenen Früchte wiederfordern (*e*). 2. Wenn Jemand zu einer Zeit, wo er noch keine Kinder hatte, sein ganzes Vermögen, oder doch einen beträchtlichen Theil desselben an seinen Freigelassenen verschenkt und nachher Kinder bekommt (*f*).

(*a*) fr. 87. §. 3. 4. D. 31. Besonders aber: Cod. Theod. 2. 20. — Cod. Just. 3. 29. — Nov. 92. — Cujacii Paratitla in tit. C. de inoff. don. Observ. lib. 5. c. 14. Expos. Nov. ad Nov. 92. — Donelli comm. iur. civ. Lib. 19. cap. 11. — Schorcht Diss. de donat. inoff. pro parte legitimae rescindenda. Ed. 2da. Jenae 1797. — Glück Comm. B. 7. §. 550. — Zimmern röm. rechtl. Untersuchungen B. 1. S. 58. — Kritz exeg.-pract. Abhandl. Nr. 5. — Car. Gothofr. Hille Diss. de immodicarum donationum querela. Marb. 1828. — Francke das Recht der Notherben §. 42 — 46. — Mühlenbruch in der Forts. von Glück's Comm. Th. 36. §. 1421. g.

(*b*) Die Frage: auf wieviel der Kläger klagen könne? ist übrigens von jeher sehr streitig gewesen. Man sehe darüber besonders: Zimmern a. a. O. und dagegen Francke §. 44. — In jedem Falle kann die querela inofficiosae donationis erst nach dem Tode des Schenkers angestellt werden. Car. Aug. Gottschalk discept. for. P. 2. Ed. 2da Cap. 32.

(*bb*) Cod. 8. 56. — v. Savigny Syst. B. 4. S. 224 ff. — Schilling Lehrb. B. 3. S. 956 ff. — v. Keller a. a. O.

(*c*) const. 10. C. 8. 56. — Ueber einige Beschränkungen des Revocationsrechts wegen Undankbarkeit sehe man: const. 7. C. ibid. — Marezoll in Löhr's Mag. B. 4. (2.) S. 337.

(*d*) Nicht von seinen undankbaren Erben. A. M. Löhr im Archiv für civil. Praxis. B. 7. S. 273.

(*e*) Vinnii quaest. sel. Lib. 2. c. 5. Die einem Dritten an der Sache inzwischen eingeräumten iura in re hören nicht von selbst auf.

(*f*) const. 8. C. ibid. S. auch const. 5. C. 3. 29. und darüber v. Keller a. a. O. Der Gerichtsgebrauch dehnt diese Vorschrift auf Schenkungen an andere Personen aus. Giphanius explanatio legum Codicis (Colon. 1615.) pag. 487. — Hagemann prakt. Erört. B. 6. S. 376. — J. F. N. Cremers de revocandis donationibus inter vivos propter liberos supervenientes. Gröning. 1817. — Puchta Pand. §. 70. — v. Savigny S. 229.

§. 436.

II. S. g. pactum de dote constituenda.

Nach älterem Römischem Rechte konnte auf die Bestellung einer versprochenen dos nur dann geklagt werden, wenn das Versprechen durch promissio, i. e. stipulatio, oder durch dictio dotis geleistet war. Im neuern Rechte ist auch das bloße pactum und selbst die nuda dotis pollicitatio für klagbar erklärt (*a*).

(*a*) Durch eine Verordnung von Theodos II. und Valentinian III. const. 3. 4. C. Th. 3. 13. — const. 6. C. 5. 11. — const. 25. C. 4. 29. Vgl. unten §. 520.

§. 437.

III. Compromissum (*a*).

Das compromissum ist derjenige Vertrag, wodurch sich zwei oder mehrere Personen gegenseitig verpflichten, ihren Rechtsstreit der Entscheidung eines

bestimmten Dritten, welcher Schiedsrichter genannt wird, zu unterwerfen. Die Wirkung des Compromisses besteht darin, daß sich beide Theile den Ausspruch des Schiedsrichters (abitrium oder s. g. laudum) gefallen lassen müssen. Nach Römischem Rechte war aber dazu in der Regel erforderlich, daß sich beide Theile einander durch poenae stipulatio (oder compromissa pecunia) Sicherheit wegen der Erfüllung des schiedsrichterlichen Ausspruches leisteten, wo alsdann mit der actio ex stipulatu auf Erlegung der Strafe geklagt werden konnte, wenn der eine Theil sich weigerte, das arbitrium zu erfüllen (*b*). Indessen gab es schon zur Zeit der klassischen Juristen auch andere Mittel, um die Befolgung des Spruches zu sichern (*c*), und Justinian gewährte, wenn es an gegenseitigen poenae stipulationes fehlt, der Schiedsrichterspruch aber von den Parteien durch ihre Unterschrift oder durch zehntägiges Schweigen genehmigt worden ist, dem siegenden Beklagten eine exceptio und dem siegenden Kläger eine in factum actio (*d*).

(*a*) Dig. 4. 8. — Cod. 2. 56. (S. auch X. 1. 43.) — Jo. Ge. Libor. Wippermann (Pr. Jo. Pet. Bucher) Diss. de compromissi, recepti atque laudi qualitatib. et effectib. Rint. 1797. — Glück Comm. Th. 6. §. 475. — Goldschmidt Abhandl. aus dem Civilprocesse. Frankf. 1818. Nr. 12. — Jaspis Diss. de arbitris. Lips. 1821. — W. H. Puchta das Institut der Schiedsrichter. Erl. 1823. — Pfeiffer in Linde's Zeitschr. n. F. B. 3. Nr. 2.

(*b*) fr. 2. fr. 11. §. 1—4. fr. 13. §. 1. fr. 38. D. 4. 8.

(*c*) fr. 11. §. 2. 3. fr. 13 §. 1. fr. 27. §. 7. D. ibid, — const. 5. pr. C. 2. 56.

(*d*) const. 5. C. 2. 56. Wer sich dem arbitrium nicht unterwerfen will, muß dieses in den ersten zehn Tagen entweder der Gegenpartei oder dem Richter förmlich anzeigen. Vergl. Justinian's const. 4. C. ibid., welche schon einen Theil desjenigen enthält, was in der const. 5. cit. verordnet ist, zugleich aber den Fall besonders auszeichnet, wenn die Parteien oder der Schiedsrichter geschworen haben, was Justinian später in Nov. 82. c. 11. verbietet. — Vergl. v. Schirach Beitr. Herborn 1812. N. 12. — Heutzutage genügt überall der bloße Vertrag, um Erfüllung des arbitrii verlangen zu können. cap. 2. 9. 13. X. 1. 43.

III. Pacta praetoria.

§. 438.

A. S. g. constitutum debiti s. pecuniae.

Pacta praetoria nennt man diejenigen obligatorischen Verträge, welchen durch das prätorische Edict Klagbarkeit beigelegt worden ist (*a*). Dahin gehört die constituta pecunia oder das s. g. constitutum (*b*). Dieß ist ein Vertrag, wodurch Jemand die Bezahlung einer schon existirenden oder noch zu erwartenden Schuld noch besonders verspricht (*bb*). Ist dieß seine eigene, so nennt man jenen Vertrag constitutum debiti proprii; ist es hingegen die Schuld eines andern, so nennt man ihn constitutum debiti alieni (*c*). Das letztere war eine Art der Intercession (§. 417). Es hatte große Aehnlichkeit mit der fideiussio und unterschied sich von derselben hauptsächlich dadurch, daß es ohne Stipulation abgeschlossen wurde (*d*), und daß es nicht so streng accessorischer Natur war als die fideiussio. Aus dem letzteren Grunde konnte sich der Constituent zu etwas Anderem (*e*), zu früherer, aber nicht zu größerer Zahlung (*f*), zur Zahlung an einem andern Orte (*g*) und an einen andern Gläubiger (*h*) verpflichten (*i*), auch war ein auf zu viel gerichtetes constitutum nicht ganz ungiltig (*ii*). Uebrigens hat das constitutum debiti alieni

dieselben Wirkungen, wie die fideiussio, und dem Constituenten stehen im Ganzen dieselben Rechte wie dem Bürgen zu (§. 419) (*k*). Die aus dem constituto entstehende Klage heißt constitutae pecuniae actio (*l*).

(*a*) §. 1. J. 3. 13. (14.) — §. 3. J. 4. 6.

(*b*) §. 8. 9. J. 4. 6. — Dig. 13. 5 — Cod. 4. 18. — DONELLI commentar. ad tit. Cod. de const. pec. In oper. Tom. 7. p. 957. — Weber von der nat. Verb. §. 124—127. — Jo. CHPH. KOCH Diss. de constituto debiti alieni ejusque a fideiussione discrimine. Kil. 1777. — Glück Comm. Th. 13. §. 849 ff. — Zimmern in s. und Neustetel's Unters. Nr. 10. — REINGANUM de const. pecunia. Heidelb. 1819. — Kritz Pandektenr. Th. 1. B. 1. S. 153 ff. — Unterholzner Schuldverh. B. 2. S. 838 ff. — v. Vangerow §. 579. — Schäffer in Linde's Zeitschr. n. F. B. 9. S. 88 ff. — O. Bähr die Anerkennung S. 110 ff. S. 170 ff. — Girtanner die Bürgschaft S. 47 ff. 105 ff. 163 ff. u. 373 ff. — Fuchs im Arch. f. civ. Praxis B. 42. Nr. 9. — Bruns in der Zeitschr. f. Rechtsgeschichte B 1. (Weim. 1861.) S. 28 ff. (Diese Abhandlung ist nicht nur in geschichtlicher Hinsicht von Bedeutung, s. Note *l*, sondern auch in dogmatischer Hinsicht, s. z. B. Note *bb*.)

(*bb*) Ob die Hauptschuld klagbar oder eine bloße naturalis obligatio ist, darauf kommt es nicht an. fr. 1. §. 7. D. 13. 5. — In der Regel liegt dem aus diesem Vertrage Klagenden der Beweis der Existenz der Hauptschuld ob, war aber eingestandenermaßen oder erweislich eine Anerkennung der Hauptschuld mit der Abschließung des constituti verbunden, so ist der Kläger von der erwähnten Beweislast frei. Dieses weist Bruns a. a. O. besonders S. 118 ff. nach und zeigt, daß auf diese Weise dem praktischen Bedürfniß, welchem O. Bähr in den oben §. 422 Note *d* angeführten Schriften durch seine neue Theorie von einem Anerkennungsvertrage abhelfen will, schon ohne diese künstliche Theorie abgeholfen sei. Vergl. Schlesinger von den Formalcontr. S. 47 ff S. 136 ff.

(*c*) fr. 5. §. 2. D. ibid. — const. 1. C. 4. 18.

(*d*) §. 9. J. cit.

(*e*) fr. 1. §. 5. D. 13. 5.

(*f*) fr. 4. fr. 11. §. 1. fr. 12. 13. 19. D. ibid.

(*g*) fr. 5. pr. D. ibid.

(*h*) fr. 5. §. 2. D. ibid.

(*i*) S. auch fr. 18. §. 1. 3. D. ibid.

(*ii*) fr. 11. §. 1. D. ibid. — fr. 19. pr. ibid. — const. 2. C. 4. 18.

(*k*) Nov. 4. cap. 1. — Nov. 136. praef. — const. 3. C. 4. 18. — THEOPHIL. ad §. 8. 9. J. 4. 6. — CHR. GOTTL. BIENER interpr. et resp. cap. 32. Lips. 1825. et in ejusd. opusc. ed. FR. AUG. BIENER Vol. II. nr. 110.

(*l*) PAUL. S. R. II. 2. — §. 8. J. 4. 6. — THEOPHIL. ad h. l. — const. 2. C. 4. 18. Aus den drei letzten Stellen ergibt es sich, daß diese Klage vor Justinian nur zulässig war, wenn es sich um Geld oder andere fungible Sachen handelte, ferner, daß sie bis dahin der einjährigen Verjährung unterworfen war, sodann, daß es bezweifelt worden war, ob auch eine bedingte oder betagte Hauptschuld constituirt und ob ein constitutum pure abgeschlossen werden könne, daß es aber früher auch eine receptitia actio gab, welche von allen diesen Beschränkungen frei war, jedoch nur bei Argentarien vorkommen konnte, und einen Vertrag voraussetzte, bei welchem Solennitäten beobachtet wurden, die uns nicht bekannt sind, und daß Justinian die actio receptitia abschafft, während er die erwähnten Beschränkungen der const. pec. actio sämmtlich beseitigt. Auch finden wir in den Pandekten und im Codex Spuren von der ehemaligen Ansicht einzelner Juristen, daß diese Klage zu den Pönalklagen gehöre, und daher nicht vollständig auf die Erben übergehe. fr. 1. §. 7. D. 13. 5. — const. 1. 2. C. 4. 18. Zur Erklärung dieser Nachrichten bringt nun Bruns a. a. O. Vieles bei. Er weist nach, oder macht doch höchst wahrscheinlich, daß die Klage in dem prätorischen Edict zunächst für den Fall eingeführt war, wenn das acceptirte Versprechen, eine bestehende Geldschuld an einem bestimmten Tage zu bezahlen, nicht erfüllt worden ist, und daß die Klage, eine actio in factum, auf Ersatz des durch diesen Wortbruch dem Kläger verursachten Schadens gerichtet gewesen sei. Im Laufe der Zeit wurde jedenfalls auch dasjenige constitutum wirksam, welches sich nicht auf einen bestimmten Tag bezog, und dazu scheint besonders das häufige Vorkommen des constitutum debiti alieni beigetragen zu haben, bei welchem der Gläubiger auch abgesehen von einer

solchen Bestimmung einen bedeutenden Vortheil darin fand, daß ihm ein zahlungsfähiger Constituent für seine Forderung haftete. In Folge dieser Aenderung änderte denn auch die Klage ihre ursprüngliche Natur. Auch fielen die andern erwähnten Beschränkungen größtentheils schon lange vor Justinian hinweg und den Rest derselben schaffte dieser Kaiser in der const. 2. cit. vollends ab. Daraus erklärt es sich denn auch, daß von den Vorschriften des Edictes über die actio de constituta pecunia nur Bruchstücke in den Pandekten wörtlich vorkommen, und daß in den Pandekten unseres Wissens gar keine Rede ist von der actio receptitia, welche übrigens wahrscheinlich nicht auf dem prätorischen, sondern auf dem Civil-Rechte beruhte.

§. 439.

B. Receptum der nautae, caupones und stabularii (*a*).

Das receptum besteht darin, daß ein Gastwirth oder Stallwirth Sachen eines Reisenden in sein Gasthaus oder in seinen Stall, oder ein Schiffer Sachen in sein Schiff aufnimmt, oder durch seine Leute aufnehmen läßt (*b*). Aus dieser Aufnahme entsteht für den Wirth und Schiffer nach dem prätorischen Edicte die strenge Verbindlichkeit, für Entwendung, Beschädigung und Vernichtung Ersatz zu leisten (*c*). Er haftet nämlich (*d*) in dieser Hinsicht wie für seine eigenen Handlungen und Unterlassungen, so auch für die seiner Dienstleute und für die positiven Handlungen der als Passagiere oder Gäste aufgenommenen Personen unbedingt, und für die Handlungen Anderer sowie für Unglücksfälle, so weit es ihm nicht möglich ist, den Schaden abzuwenden; dagegen haftet er nicht für den Schaden, woran die Gegenpartei oder ihre Leute selbst schuld sind, und eben so wenig für den innern Verderb der Sachen. Die deshalb gegen ihn stattfindende Klage (*e*) heißt actio in factum de recepto (*f*).

(*a*) Dig. 4. 9. — Glück Comm. Th. 6. §. 485. — Zimmern Syst. der Röm. Noxalklagen §. 94 ff. — Kritz Pandektenr. Th. 1. B. 2. S. 305 ff. — Unterholzner Schuldverh. B. 2. S. 732 ff. — Koch Recht der Ford. B. 3. S. 826 ff. — Goldschmidt in s. Zeitschr. f. Handelsr. B. 3. S. 58 ff. S. 331 ff.

(*b*) Es scheint üblich gewesen zu sein, bei der Aufnahme ausdrücklich zu erklären, man garantire für diese Sachen; daher wohl der Ausdruck: salvum fore recipere. Nach dem Pandektenrechte ist aber schon die Annahme so auszulegen. fr. 1. §. 6. 8. D. ibid. — Goldschmidt §. 7.

(*c*) Die Parteien stehen in irgend einem Contractsverhältniß (häufig in dem der locatio conductio), dessen Wirkungen sich nach den sonst geltenden civilrechtlichen Regeln richten. Aber in den angegebenen Beziehungen legt das prätorische Edict den Schiffern und Wirthen größere Verpflichtungen auf, als die civilrechtlichen Regeln mit sich bringen. Goldschmidt §. 1.

(*d*) Goldschmidt §. 4 ff. besonders §. 6. 8—10.

(*e*) Zu den arbitrariae actiones zählt sie Goldschmidt §. 10. S. 117.

(*f*) fr. 3. §. 1. 5. D. 4. 9. — Ueber ihre heutige Anwendung s.: Frid. Guil. Adler (Pr. Fr. Gottl. Zoller) de usu actionis de recepto quoad mores hodiernos. Lips. 1775. — Ad. Diet. Weber Vers. üb. das Civilr. S. 57. — A. C. Wolters über die actio de recepto in Bezug auf die Gastwirthe als Recipienten und deren heutige Anwendung in Deutschland. Hamb. 1804. — Goldschmidt §. 12. — Ueber ihre analoge Anwendung gegen Posten und Frachtfahrer wegen der denselben zum Transport übergebenen Sachen, und über fr. 25. §. 7. D. 19. 2 (vergl. fr. 14. §. 17. D. 47. 2.): G. L. Böhmer's Rechtsfälle B. 3. Nr. 224. — Ferd. Mackeldey Diss. quatenus actio de recepto contra aurigas et curatores mercium seu speditores competat. Helmst. 1806 (auch übersetzt in Barth's Dissertationensammlung B. 1. S. 174 ff.) — Chr. Fr. Müller über die de recepto actio in ihrer Anwendbarkeit auf die heutigen Postanstalten. Leipz. 1835. — Funckhänel über die Anwendbarkeit der de rec. act. auf die Ersatzverbindlichkeit der heutigen Postanstalten, Fuhrleute u. s. w.

Glauchau 1836. — Goldschmidt §. 13. — Ueber die Frage, ob Gastwirthe rechtlich verpflichtet sind, die Reisenden aufzunehmen, vergl. man: fr. 1. §. 1. D. ibid. mit fr. un. § ult. D. 47. 5. — F. Kaemmerer Observat. iur. civilis. Rostochii 1827. cap. 2. p. 117. (Huschke in der Tüb. krit. Zeitschr. B. 3. S. 22. — v. Schröter in Schunck's Jahrb. B. 11. S. 3.) — Guyet im Arch. für civ. Pr. B. 17. S. 41. — v. Madai in Linde's Zeitschr. B. 18. S. 376 ff. — v. Vangerow §. 648.

§. 440.

C. S. g. Receptum arbitrii.

Mit dem Compromisse (§. 437) steht in Verbindung das s. g. receptum arbitrii, oder der Vertrag der streitenden Parteien mit dem Schiedsrichter, wodurch dieser verspricht, den Streit zu untersuchen und zu entscheiden (recipit arbitrium). Zur Erfüllung dieses Versprechens kann er nach prätorischem Rechte durch die rechtsprechende Obrigkeit, und zwar unter Androhung einer Geldstrafe, angehalten werden (*a*).

(*a*) fr. 3. §. 1. 2. fr. 9. §. 3. 4. 5. fr. 10. fr. 11. pr. §. 1. fr. 15. fr. 32. §. 12. D. 4. 8.

§. 441.

D. S. g. pactum de iureiurando extraiudiciali.

Das s. g. pactum de iureiurando extraiudiciali besteht darin, daß zwei Personen die Entscheidung ihres Streites vertragsmäßig von einem außergerichtlichen Eide abhängig machen, welchen einer von ihnen schwören soll (*a*). Beschwört hier der Schwörende einen Anspruch, so kann er diesen nun mit der durch den Eid begründeten prätorischen Klage verfolgen, ohne daß er weiter nöthig hätte, den Anspruch zu beweisen (*b*); beschwört hingegen der Schwörende die Befreiung von dem Anspruche seines Gegners, so kann er sich gegen die Klage desselben mit der exceptio iurisiurandi schützen (*c*). Die Erlassung des Eides hat gleiche Wirkung mit der Ableistung (*d*), die Verweigerung desselben hebt den Vertrag auf (*e*).

(*a*) Pauli sent. rec. II. 1. — §. 11. J. 4. 6. — Dig. 12. 2. — Cod. 4. 1. — Donellus ad tit. Dig. de iureiurando. Cap. 3—9. — M. Zick utrum iusiurandum apud Romanos pro specie transactionis hab. sit? Altdorf. 1804. — Glück Comm. Th. 12. §. 796. — H. G. Goecke Disp. de iureiurando delato et praecipue de vi eius. Berol. 1826. p. 8—21. — Unterholzner B. 1. S. 656 ff. v. Savigny Syst. B. 7. S. 53 ff.

(*b*) §. 11. J. 4. 6. Vergl. fr. 5. fr. 9. §. 1. fr. 11. §. 3. fr. 13. §. 2. 5. fr. 28. §. 10. D. 12. 2.

(*c*) §. 4. J. 4. 13. — fr. 9. §. 1. D. 12. 2.

(*d*) fr. 6. fr. 9. §. 1. D. 12. 2.

(*e*) fr. 5. § 4. D. ibid.

Zweites Capitel.

Obligationen aus Delicten (*a*).

§. 442.

I. Begriff von Delict.

Jede freie Handlung eines Menschen, durch welche ein Strafgesetz übertreten wird, heißt ein **Vergehen** (delictum). Die allgemeine Folge eines

solchen ist die Verbindlichkeit, den dadurch verursachten Schaden zu ersetzen (*aa*) und die durch das Gesetz angedrohte Strafe zu leiden (*b*). Haben mehrere mit einander ein Delict begangen, so haften sie für den Schadenersatz in solidum, und zwar ohne sich auf das beneficium divisionis berufen und ohne den Regreß gegen ihre Theilnehmer nehmen zu können (*c*). Die Strafe muß jeder Theilnehmer für sich leiden (*d*).

(*a*) Gajus III. §. 182 seq. — Inst. 4. 1. — Dig. 47. 1. — Donelli comm. iur. civ. Lib. 15. c. 23. 30. — Bucher Recht der Forderungen. 2. Ausg. §. 124 ff. — v. Savigny Obl.-Recht B. 2. §. 82 ff.

(*aa*) Nämlich den pecuniären Schaden, wenn ein solcher angerichtet ist.

(*b*) G. A. Kleinschrod doctrina de reparatione damni delicto dati ex natura rei iureque positivo deducta. Wirceb. 1798. — v. Savigny a. a. O.

(*c*) fr. 14. §. 15. D. 4. 2. — const. 1. C. 4. 8.

(*d*) fr. 11. §. 2. D. 9. 2. — fr. 55. §. 1. D. 26. 7. — fr. 34. D. 47. 10.

§. 443.

II. Eintheilung der Delicte und der damit verbundenen Strafen.

Die Strafe, die ein Delict nach Römischem Rechte zur Folge hat, ist entweder eine öffentliche oder eine Privatstrafe. Oeffentliche Strafe heißt diejenige, welche im Interesse des Staates oder des öffentlichen Rechts, Privatstrafe diejenige, welche zum Vortheil des Verletzten verhängt wird. Die Privatstrafe besteht nach Römischem Rechte gewöhnlich darin, daß der Delinquent dem Verletzten das duplum, triplum oder quadruplum des zugefügten Schadens ersetzen muß (*a*). Delicte, welche Privatstrafen zur Folge haben, hießen schon bei den Römern privata delicta (*aa*). Bei denjenigen, welche mit öffentlichen Strafen bedroht waren, hieß der Proceß publicum iudicium, wenn dafür ehemals durch eine lex eine quaestio perpetua angeordnet war; wo dieses nicht geschehen, aber nach neuerem Rechte dennoch eine öffentliche Strafe zu verhängen war, nannte man die widerrechtliche Handlung extraordinarium crimen (*aaa*). Die Lehre von den öffentlichen Strafen gehört in das Criminalrecht, die Lehre von den Privatstrafen hingegen, sowie die vom Schadensersatz (*b*) in das Privatrecht und zwar in das Obligationenrecht. Dabei ist nun aber der Unterschied, daß die Klage auf Schadensersatz nicht blos auf die Erben des Verletzten übergeht, sondern auch gegen die Erben des Delinquenten, soweit dieselben durch das Delict bereichert sind (*bb*), angestellt werden kann, die Klage auf die Privatstrafe hingegen zwar der Regel nach (*c*) auf die Erben des Verletzten übergeht, aber nicht gegen die Erben des Delinquenten angestellt (*d*), sondern nur, wenn sie bereits bei Lebzeiten desselben gegen ihn anhängig gemacht worden ist, gegen die Erben fortgesetzt werden kann (*e*). Zu den delictis privatis gehört nach Römischem Rechte der Diebstahl, der Raub, die widerrechtliche Beschädigung und die Injurie (*f*).

(*a*) §. 18. 19. 21—25. J. 4. 6. Vergl. oben. §. 196.

(*aa*) Rubr. Dig. 47. 1.

(*aaa*) Inst. 4. 18. — Dig. 47. 11. — Dig. 48. 1. — Birnbaum neues Arch. des Criminalr. B. 8. Nr. 14. 22, neue Folge Jahrg. 1835. Nr. 13. — E. de Hagen quale sit discrimen inter delicta publica tam ordinaria quam extraord. atque privata. Goett. 1832. — v. Savigny a. a. O. §. 83.

(*b*) Diese sind größtentheils auch Pönalklagen in einem weiteren Sinne. S. oben §. 196. am E. und v. Savigny a. a. O. §. 82, welcher sie einseitige Strafklagen nennt.

(*bb*) fr. 38. 127. D. 50. 17. — const. un. C. 4. 17. Vergl. §. 445. Note cc.
(*c*) GAJUS IV. §.112. — §. 1. J. 4. 12 und darüber Marezoll in Löhr's Mag. B. 4. (2.) S. 363. — Francke Erläut. Th. 1. S. 1. Anm. 1.
(*d*) GAJUS l. c. — fr. 111. §. 1. D. 50. 17. — fr. 1. pr. D. 47. 1.
(*e*) fr. 33. D. 44. 7. — fr. 164. D. 50. 17.
(*f*) Bei uns kann indeß meistens nur auf Schadensersatz geklagt werden, und die Römischen actiones poenales auf Privatstrafe finden schon darum meistens nicht mehr statt, weil heut zu Tage in der Regel jedes Delict eine öffentliche Strafe nach sich zieht, deren Zufügung nicht von der Willkür desjenigen abhängen soll, der durch dasselbe verletzt worden ist. — CAR. GUST. ADOLPH. GRUNER de poenis Romanorum privatis earumque usu hodierno. Lips. 1805; et in CHPH. MARTIN Coll. selectar. diss. et comm. iur. crimin. Jenae 1822. nr. 2. — v. Savigny a. a. O. §. 84.

§. 444.

III. Von den Privatdelicten insbesondere (*). A. Diebstahl. 1. Begriff und Arten.

Diebstahl (furtum) im Sinne des Römischen Rechts (*a*) ist jede Entwendung oder Unterschlagung beweglicher Sachen (*b*), in der Absicht, sich dadurch einen widerrechtlichen Vortheil in Ansehung des Vermögens zu verschaffen (lucri animo) (*c*). Er besteht (*d*) entweder 1. in einer contrectatio ipsius rei, d. h. in widerrechtlicher Aneignung einer fremden Sache, sei es daß Jemand dieselbe aus der Detention eines Andern entwendet, oder daß Jemand, der eine Sache schon besitzt, aber nicht als Eigenthümer, sondern z. B. als Pfandgläubiger oder Commodatar, seinen bisherigen Besitz wider besseres Wissen durch eine einseitige Handlung, z. B. durch Verheimlichung, Abläugnen oder Unterschlagung der Sache, in Eigenthumsbesitz verwandelt (*e*); oder 2. in einer contrectatio usus rei, d. h. darin, daß Jemand von einer fremden Sache, die er z. B. als Pfandgläubiger, Commodatar oder Depositar besitzt, einen Gebrauch macht, wozu er nicht berechtigt ist (*f*); oder endlich 3. in einer contrectatio possesionis rei, d. h. darin, daß Jemand seine eigene Sache demjenigen entzieht, welcher dieselbe zu besitzen ein Recht hat (furtum rei suae), z. B. dem Pfandgläubiger (*g*). Wird der Delinquent auf der That ertappt und ergriffen, ehe er die Sache dahin gebracht hat, wo sie wenigstens für denselben Tag bleiben soll, so ist das Delict ein furtum manifestum, sonst ein furtum nec manifestum (*h*).

(*) In den folgenden §§. ist nur von den Delicten der freien Menschen die Rede. Zunächst auf die Delicte der Sclaven beziehen sich die Ausdrücke noxia und noxa. Ein solches Delict erzeugte keine Klage, wenn es gegen den eigenen Herrn begangen wurde. Sonst galt die Regel: noxa caput sequitur. Wurde der Delinquent frei, so konnte er nun selbst belangt werden. Vorher konnte der Herr, dem er zur Zeit der Einleitung des Processes gehörte, als solcher belangt werden. Die Verurtheilung desselben ging alternativ auf Auslieferung des Sclaven, noxae deditio, oder Geldzahlung. Solche Klagen gegen den Herrn hießen noxales actiones S. darüber: GAJ. IV. § 75—79. — Inst. 4. 8. — Dig. 9. 4. — Cod. 3. 41. — Glück Comm. Th. 10. §. 712 ff. — Zimmern System der Röm. Noxalklagen. Heidelb. 1813. — Dessen Rechtsgesch. B. 1. §. 191. — Nach dem älteren Rechte konnten auch aus den Delicten des filiusfamilias Noxalklagen gegen den Hausvater angestellt. werden, nach Justinianeischem Rechte aber muß man hier den Delinquenten selbst belangen. §. ult. J. 4. 8.

(*a*) GAJUS III. §. 183—208. — PAULUS II. 31. — Inst. 4. 1. — Dig. 47. 2. — Cod. 6. 2. — DONELLI comm. iur. civ. Lib. 15. c. 29. — Klien Revision der Grunds. über das Verbr. des Diebstahls. B. 1. Nordhausen 1806. — CHR. DAN. ERHARD Diss. de furti notione per leges constituta accuratius definienda. Lips. 1806. — Hasse von der Culpa §. 81—91. — G. G. A. VAN IMHOFF de furtis

ad leg. XII. tabb. Gröning. 1824. — HENR. LUDEN de furti notione sec. ius Rom. Jenae 1831. — Dollmann die Entwendung nach den Quellen des gem. Rechts. Kempten 1834. — C. G. v. Wächter in Weiske's Rechtslex. B. 3. S. 354 ff. — Unterholzner Schuldverh. B. 2. S. 675 ff. — Koch Recht der Ford. B. 3. S. 955 ff. — Holtius Abhandl. Nr. 4.

(*b*) An einer unbeweglichen Sache findet kein furtum statt. — GAJUS II. §. 51. — §. 7. J. 2. 6. — fr. 25. pr. D. 47. 2. — fr. 38. D. 41. 3.

(*c*) §. 1. J. 4. 1. — fr. 1. §. 2. 3. D. 47. 2. Vergl. fr. 52. §. 16. ibid. — fr. 22. §. 7. D. 17. 1. — const. 7. C. 6. 2. Der animus lucri faciendi ist wesentlich. fr. 39. D. 47. 2.

(*d*) Daß der Begriff von furtum einen so großen Umfang hat, wie aus dem Texte hervorgeht, daß mit andern Worten dieses Delict auf die drei angegebenen Arten begangen werden kann, darauf macht mit kurzen Worten aufmerksam die Legaldefinition von Paulus in fr. 1. §. 3. D. 47. 2. Vergl. §. 1. J. 4. 1. Gewöhnlich faßt man die fraglichen Worte mehr als Eintheilung auf. Dagegen v. Vangerow §. 679 Anmerk. 1.

(*e*) fr. 33. fr. 46. §. 6. fr. 52. §. 7. fr. 59. fr. 67. pr. fr. 71. pr. fr. 73. D. 47. 2. Auf diese letzte Art der contrectatio ipsius rei scheint auch die bekannte Regel: Nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest (§. 214), Bezug gehabt zu haben.

(*f*) §. 6. J. 4. 1. — fr. 40. fr. 54. pr. fr. 76. pr. D. 47. 2. — fr. 16. D. 13. 1.

(*g*) GAJUS III. §. 200. — §. 10. J. 4. 1. — fr. 15. §. 1. 2. fr. 19. §. 5. 6. fr. 20. §. 1. fr. 53. §. 4. fr. 59. D. 47. 2. — fr. 49. D. 41. 3. Wegen THEOPHILUS ad §. 1. J. 4. 1. wollen Marezoll im Arch. für civ. Pr. B. 8. S. 284 u. v. Buchholtz jur. Abh. Nr. 26 den Ausdruck possessionisve auf die Unterschlagung einer fremden Sache beziehen und das furtum rei suae als eine Art der contrectatio ipsius rei betrachten. Dagegen: v. Vangerow a. a. O.

(*h*) §. 3. J. 4. 1. — fr. 2. fr. 8. fr. 21. pr. fr. 35. D. 47. 2.

§. 445.

2. Obligationen aus dem Diebstahle.

Die rechtlichen Wirkungen des Diebstahls sind folgende (*a*): 1. der Dieb ist die Sache, nebst Allem, was dazu gehört, dem Bestohlenen zurückzugeben und, wenn sie nicht mehr existirt, den höchsten Werth, welchen dieselbe seit der Entwendung hatte, zu prästiren verpflichtet (*b*). 2. Er muß wegen des Verzuges, in welchem er sich befindet, unbedingt für jeden, selbst den zufälligen Schaden haften (*c*). Auf die Erfüllung dieser beiden Verbindlichkeiten kann der Eigenthümer der gestohlenen Sache gegen den Dieb und dessen Erben, auch wenn sie nicht durch die That bereichert sind (*cc*), nicht aber auch gegen den Diebeshehler und Helfer (*d*), mit der condictio ex causa furtiva oder condictio furtiva klagen (*e*). Außerdem konnte 3. nach Römischem Rechte Jeder, welcher ein rechtliches Interesse dabei hatte, daß die Sache nicht entwendet wurde (*f*), wenn der Diebstahl manifestum war, das quadruplum des Werths der Sache, wenn er hingegen nec manifestum war, das duplum, als Privatstrafe mit der actio furti, welche poenalis war, vom Diebe, nicht aber auch von dessen Erben, verlangen (*g*). Zur Zahlung des Doppelten war auch der Gehilfe und der wissentliche Hehler des Diebstahls in dem einen wie in dem andern Falle verpflichtet (*h*).

(*a*) Daß der Eigenthümer der entwendeten Sache dieselbe von jedem, selbst dem unschuldigen Besitzer, ohne diesen zu entschädigen, vindiciren kann, versteht sich von selbst. §. 19. J. 4. 1. — const. 2. C. 6. 2. Dies ist aber keine Folge des Diebstahls, sondern eine Folge des Eigenthums.

(*b*) fr. 8. pr. §. 1. 2. D. 13. 1. Vergl. fr. 67. §. 2. D. 47. 2. — fr. 13. D. 13. 1.

(*c*) S. oben §. 346. Note *b* und *c*.

(*cc*) Nach Note *e* am Ende ist dies keine Ausnahme von der Regel des §. 443. Note *bb*.

(*d*) fr. 5. fr. 7. §. 2. fr. 9. fr. 10. §. 1. D. 13. 1. — §. 4. 11. 12. 14. 19. J. 4. 1. — fr. 6. D. 13. 1.

(*e*) Dig. 13. 1. — Cod. 4. 8. — Glück Comm. Th. 13. §. 837. — A. O. Krug selecta de condictione furtiva capita. Lips. 1831. — Unterholzner Schuldverh. B. 2. S. 58 ff. — Koch a. a. O. — Die condictio ex c. furtiva steht nur dem Eigenthümer der Sache zu. fr. 1. 11. D. 13. 1. — fr. 14. §. 16. in fin. D. 47. 2. — fr. 12. §. 5. D. 7. 1. Der Faustpfandgläubiger hat nur eine condictio incerti und die actio furti. S. fr. 12. §. 2. D. 13. 1. und wegen der actio furti die in der folg. Note angef. Stellen. Krug l. c. pag. 89. — v. Buchholtz jur. Abh. Nr. 27. — Der Umstand, daß die cond. ex c. f. durch ein Delict veranlaßt wird, hat einigen Einfluß auf die dabei geltenden Regeln; so kann sie z. B. gegen Einen von Mehreren, die ein furtum mit einander begangen haben, in solidum angestellt werden, const. 1. C. 4. 8. Demungeachtet ist sie aber keine Klage aus einem Delicte, vielmehr ist ihr Fundament das allgemeine der condictiones sine causa im weiteren Sinne, nämlich grundlose Verminderung des Vermögens des Klägers zum Vortheil des Beklagten. Dieser Punkt war übrigens immer bestritten, Glück B. 13. S. 231 und a. M. sind namentlich auch Francke Erläut. S. 31 ff. und Krug l. c. cap. 1. S aber v. Savigny Syst. B. 5. S. 551 ff. u. v. Vangerow a. a. O. Anm. 2.

(*f*) §. 13—17. J. 4. 1. — fr 10—12. fr. 14. §. 10. 16 fr. 46. §. 1. 4 fr. 71. fr. 85. D. 47. 2. — Göschen Grundr. S. 285. Vergl. auch Hasse Culpa §. 81—91. — v. Keller Pand. §. 362.

(*g*) §. 5. J. 4. 1. — §. 18. J. 4. 6. — fr. 50 pr. D. 47. 2. — Die Strafe des furti manifesti bestand nach den XII Tafeln darin, daß der Dieb gepeitscht und dem Kläger addicirt wurde. Das prätorische Edict setzte an die Stelle derselben die poena quadrupli. Gaj. III. §. 189. — §. 5. J. 4. 1. — Wie aus einem furtum manifestum konnte nach den XII Tafeln auch gegen Denjenigen geklagt werden, bei welchem die gestohlene Sache in Folge einer feierlichen Privathaussuchung gefunden wurde (furtum *lance et licio* [i. e. linteo] conceptum), nachdem der Beklagte eine einfache Haussuchung nicht gestattet hatte. Wurde die Sache bei der letzteren gefunden, so fand nach den XII Tafeln die actio furti concepti auf das Dreifache statt. Gaj. III. §. 183 192—194. — Gell. XI. c. ult. XVI. c. 10. — Festus v. lance et licio. — Lex Rom. Burgund. tit. XII. — §. 4. J. 4. 1. — A. de Vangerow de furto concepto. Heidelb. 1845. — Mit diesen Rechtsregeln hing auch die durch die XII Tafeln eingeführte actio furti oblati auf das triplum zusammen, sowie die durch das prätorische Edict eingeführte actio furti prohibiti auf das quadruplum und die actio furti non exhibiti. Gaj. III. §. 191 192 — §. 4. J. cit. — Alle diese Klagen kamen später mit der alten Art von Haussuchung außer Gebrauch. §. 4. J. cit.

(*h*) §. 4 in fin. §. 11. J. 4. 1. — fr. 6. D. 13. 1. — fr. 34. fr. 50. §. 3. fr. 52. fr. 54. §. 4. D. 47. 2.

§. 446.

3. Von der amotio rerum.

Wenn sich Verlobte oder Ehegatten etwas entwenden, so findet 1. wenn der Diebstahl vor der Ehe geschah, die condictio furtiva auch während der Ehe, aber nicht auch die actio furti Statt (*a*); 2. wenn er aber erst während der Ehe geschah, so wird er amotio rerum genannt, und begründet die rerum amotarum actio (*b*), wenn er in Erwartung der Ehescheidung geschah (*c*) und diese wirklich erfolgte (*d*). Sie ist auf Restitution der Sache cum omni causa oder auf Schadensersatz gerichtet (*e*). Die actio furti findet dagegen unter Ehegatten gar nicht Statt (*f*).

(*a*) fr. 3. §. 2. D. 25. 2.

(*b*) Dig. 25. 2. — Cod. 5. 21. — Donelli comm. iur. civ. Lib 15. c. 29. — Glück Comm. Th. 27. §. 1284. — Zimmern RG. B. 1. §. 165.

(*c*) fr. 6. §. 3. fr. 17. pr. D. ibid.

(*d*) fr. 1. „quae uxor *fuit.*" fr. 30. D. ibid. Als utilis actio ist sie auch zulässig, wenn die Entwendung in der Erwartung des Todes des Bestohlenen geschah und dieser wieder zur Genesung kam. fr. 21. pr. D. ibid. Einen anderen Fall, in welchem sie während der Ehe angestellt werden kann, enthält const. 22. §. 4. C. 6. 2.

(*e*) fr. 1. fr. 3. §. 3. fr. 6. §. 4. fr. 17. §. 2. fr. 21. §. ult. D. ibid. — const. 3. C. 5. 21. — Ueber fr. 6. §. 4. cit. und const. 3. cit. vergl.: Glück B. 28. S. 14 ff. und Francke Beitr. B. 1. S. 38 ff.

(*f*) fr. 3. §. 2. D. ibid.

§. 447.

B. Raub. 1. Begriff.

Der Raub (rapina) (*a*) besteht in der gewaltsamen Entwendung einer fremden beweglichen Sache, in der Absicht, sich dadurch zu bereichern (*b*). Er kann nur an einer fremden Sache verübt werden und setzt die Wissenschaft, daß die Sache einem Andern gehört, voraus (*c*). Wer daher dem Andern eine Sache mit Gewalt wegnimmt, welche ihm selbst gehört, oder von welcher er dieß glaubt, begeht nicht das Verbrechen des Raubes, sondern der bloßen Gewaltthätigkeit und Selbsthilfe (*d*). Die Folgen und Strafen von beiden sind verschieden.

(*a*) Gajus III. §. 209. IV. §. 8. — Inst. IV. 2. — Dig. XLVII. 8. — Cod. IX. 33. Vergl. Dig. XLIII. 16. — Cod. VIII. 4. u. 5. — Donelli comm. iur. civ. Lib. 15. c. 30.

(*b*) fr. 3. §. 5. D. 47. 9. Unbewegliche Sachen können kein Gegenstand des Raubes sein. const. 1. C. 9. 33

(*c*) §. 1. J. 4. 2. — fr. 2. §. 18. D. 47. 8.

(*d*) fr. 2. §. 18. cit. Das crimen vis kann übrigens sowohl in Ansehung beweglicher, als auch unbeweglicher Sachen, durch eine invasio, begangen werden (§. 449).

§. 448.

2. Obligationen aus dem Raube.

Der Raub begründet: 1. die Verbindlichkeit des Räubers, die Sache zurückzugeben und für jeden Schaden, selbst für den zufälligen, zu haften (*a*). Außerdem konnte 2. nach Römischem Rechte der Beraubte, und Jeder, welcher ein Interesse dabei hatte, daß die Sache nicht geraubt wurde (*b*), den Räuber als einen fur non manifestus mit der actio furti auf das duplum, oder auch mit der prätorischen actio vi bonorum raptorum auf das quadruplum, wo dann aber nur das triplum als Strafe angesehen und das noch übrige simplum auf die geraubte Sache selbst gerechnet wurde (*bb*), belangen (*c*). Nach Ablauf eines Jahres fand diese Klage immer nur auf das simplum statt (*d*), und gegen den Erben des Thäters konnte immer nur die condictio furtiva angestellt werden (*e*).

(*a*) fr. 8. §. 1. D. 13. 1.; denn der Raub ist ein furtum.

(*b*) §. 2. J. 4. 2.

(*bb*) Hatte man mit dieser Klage das quadruplum oder im Falle der Note *d* das simplum erlangt, so verlor man die condictio furtiva.

(*c*) Inst. 4. 2. — Dig. 47. 8. — Cod. 9. 33. — A. W. Cramer ad Ciceron. orat. pro Tullio, cap. 4. p. 66. — v. Savigny über Cicero pro Tullio und die actio vi bonorum raptorum: in der Zeitschrift für gesch. R. W. B. 5. nr. 3, auch in s. verm. Schriften B. 3. Nr. 30. — E. Huschke in J. G. Huschkii Anal. lit. Lips. 182. p. 76—290, besonders Excursus I. de vi bonorum raptor. iudicio pag. 183 seqq. — Breitenbach das Verbrechen des Raubes nach Röm. Rechte. München 1839. — Keller Semestr. ad M. Tull. Ciceron. lib. III. Tur. 1851. — Diese Klage kann auch wegen gewaltsamer Beschädigung beweglicher oder unbeweglicher Sachen angestellt werden fr. 2. pr. §. 9. 12. D. 47. 8. Sie wurde während der bürgerlichen

Kriege eingeführt und war ursprünglich so recht eigentlich für Gewaltthätigkeiten in solcher Zeit bestimmt. Sowohl wegen Beschädigung als wegen Plünderung wurde sie ursprünglich nur gegeben, wenn die That unter Zuziehung von Bewaffneten (hominibus armatis coactisque) verübt worden war, ohne daß es auf wirkliche Anwendung von Gewalt ankam. Später, in ruhigen Zeiten, trat der Fall der Beschädigung in den Hintergrund, wie schon die Benennung der Klage zeigt, s. auch Inst. l. c.; ferner wurde nicht blos das Wort armatis aus dem Edict hinweggelassen, sondern auch, ungeachtet der Worte: coactis hominibus, angenommen, daß die Klage, wenn wirklich Gewalt angewendet wird, auch durch die That eines Einzelnen begründet werde, fr. 2. cit. §. 7. 9. Ueber andere Eigenheiten dieser Klage, die das System der Noxalklagen betreffen und später auch theilweise abgeschafft wurden, s. Keller l. c. besonders p. 584 seq. p. 591 seq. p. 597 seq. und fr. 1. §. 14—16. D. 47. 8. — Vergl. auch fr. 12. §. 1. D. 39. 4 und fr. 1. pr. D. 47. 6.

(*d*) pr. J. ibid. Vergl. fr. 1. pr. D. 47. 8.

(*e*) fr. 2. §. 27. D. ibid. Ueber die im Falle der Beschädigung, auch der gewaltsamen, zulässige actio ex lege Aquilia s. §. 450 ff.

§. 449.

3. Strafen der unerlaubten Selbsthilfe und Gewalt.

Die Selbsthilfe (*a*), insofern sie nicht bloß als Vertheidigung gegen gewaltsame und ungerechte Angriffe Anderer erscheint (*aa*), ist nicht allein verboten, sondern auch strafbar. Das Römische Recht enthält darüber folgende Bestimmungen: 1. wenn ein Gläubiger sich seiner Forderung wegen eigenmächtig, d. h. überhaupt mit Umgehung des Richters, wenn auch ohne persönliche Gewalt gegen den Schuldner, befriedigt macht, so ist er nicht bloß zur Restitution verpflichtet, sondern er verliert auch zur Strafe seine Forderung (*b*). 2. Wenn Jemand eine Sache, deren Eigenthümer er zu sein behauptet, ohne Unterschied, ob sie eine bewegliche oder unbewegliche ist, dem Besitzer derselben mit Gewalt entzieht, so kommt es darauf an, ob ihm das Eigenthum derselben wirklich zusteht oder nicht. Im ersten Falle verliert er zur Strafe sein Eigenthum an den bisherigen Besitzer. Im zweiten Falle muß er die Sache nicht bloß zurückgeben, sondern zur Strafe auch noch den Werth derselben erlegen, und zwar ohne Unterschied, ob er bona oder mala fide handelte (*c*). Dieselbe Strafe soll auch den conductor einer fremden Sache und denjenigen, der eine solche precario besitzt, treffen, wenn diese die Zurückgabe derselben nach beendigtem Contracte oder nach erfolgter Zurückforderung ohne Grund verweigern und bei dieser Weigerung bis zur definitiven Sentenz beharren (*d*).

(*a*) Donelli comm. iur. civ. Lib. 17. c. 2. — Galvanus de usufructu c. 40. — Boehmer Exercit. ad Pand. T. 2. Exerc. 23. — C. J. Walch de vindicta privata, in opusc. T. 1. p. 396. — Besonders: Linde in s. und Marezoll's Zeitschr. B. 1. S. 392 ff. — Fritz Erläut. B. 1. H. 1. S. 125 ff. — Benfey im Rhein. Mus. B. 7. Nr. 1. — v. Wendt Abh. und Rechtsfälle. München 1836. Nr. 1. — Sartorius in Linde's und Marezoll's Zeitschr. B. 20. Nr. 1.

(*aa*) Eine solche Vertheidigung ist erlaubt nicht blos gegen Angriffe auf die Person, sondern auch gegen Angriffe auf Sachen, in deren Besitz man sich befindet, sowie auch, um Etwas, was man gewaltsam verloren hat, auf der Stelle wieder zu nehmen. fr. 4. pr. fr. 5. fr. 45. §. 2. D. 9. 2. — fr. 3. §. 9. fr. 17. D. 43. 16. — const. 1. C. 8. 4. — const 4. C. 9. 16. — Nur darf dabei nicht mehr Gewalt angewandt werden, als zur Abwehrung des Angreifers erforderlich ist (moderamen inculpatae tutelae). fr. 5. pr. D. 9. 2. — const. 1. C. 8. 4.

(*b*) fr. 12. §. 2. fr. 13. D. 4. 2. — fr. 7. D. 48. 7. — Ueber die Auslegung des fr. 50. D. 19. 1. vergl. Burchardi im Arch. f. civil. Prax. B. 18. Nr. 16 und v. Vangerow §. 133.

(*c*) const. 3. C. Th. 4. 22. — const. 7. C. 8. 4. — §. 1. J. 4. 2. — §. 6. J. 4. 15. — Ueber die hier zulässige Klage auf Herausgabe der Sache vergl.: v. Savigny vom Besitz §. 40. — Thibaut im Arch. für civil. Pr. B. 1. Nr. 7. §. 1. — Unterholzner in der Tüb. krit. Zeitschr. B. 4. S. 394. — J. A. Fritz resp. ad quaestionem, quam actionem const. 7. C. 8. 4. ei, qui possessione vi privatus est, ad eam recuperandam concedat. Friburg. Brisg. 1828. (Darüber: v. Schröter in Schunck's Jahrb. der jur. Lit. B. 11. S. 116.) — v. Vangerow §. 690. Anm. 2.

(*d*) const. 10. ibid. — const. 34. C. 4. 65. — Marezoll in Löhr's Mag. B. 4. (2.) S. 375. — Dies ist aber nur eine poena temere litigantis. v. Keller Pand. §. 111. — Noch andere Strafen der Selbsthilfe in besonderen Fällen s. in Nov. 52. c. 1. — Nov. 60. pr. c. 1. 2. — Nov. 134. c. 7. und darüber: Linde a. a. O. S. 423. — Die im Texte angeführten Strafen sind durch das canonische Recht und durch die Reichsgesetze ausdrücklich bestätigt worden. cap. 18. de praeb. in 6to (3. 4.) — R. K. G. O. v. 1521. Tit. 32. §. 2. — R A. v. 1532. Tit. 3. §. 15. Ueber die heutige Anwendung dieser Privatstrafen ist Streit. Dafür z. B.: Danz ord. bürg. Proceß. 4te Ausg. von Gönner §. 5. — Kind quaest. for. Ed. I. T. 1. cap. 76. Ed. II. T. 3. cap. 2. — v. Linde a. a. O. S. 431 ff. — v. Vangerow §. 133. Dagegen z. B.: Just. Claproth de non usu decreti D. Marci. Gött. 1757. Derselbe Einl. in den ord. bürgerl. Proceß §. 3. — Grolman Grundsätze der Crim. RW. §. 345. — Göschen Vorles. §. 133. Vergl. v. Savigny Obl.-R. §. 84.

§. 450.

C Damnum iniuria datum. 1. Begriff.

Damnum iniuria datum heißt im Römischen Rechte überhaupt jeder Schaden, welchen ein freier Mensch (*a*) dem andern durch widerrechtliche Thätigkeit (culpa, iniuria) an seinem Vermögen zufügt, und zwar ohne Unterschied, ob es absichtlich oder aus Versehen geschieht, und ob dieses groß oder klein ist (*b*). Ein durch widerrechtliche Unterlassung oder Unthätigkeit verursachter Schaden gehört aber nicht unter den Begriff von damnum iniuria datum (*c*); denn da Unthätigkeit nur in Folge eines bereits bestehenden Obligationsverhältnisses etwas Widerrechtliches sein kann (§. 343), so findet auch deshalb nie eine Klage aus einem Delicte, sondern immer nur eine Klage aus einem solchen Verhältniß, z. B. eine Contractsklage, Statt. Dieß leidet nur dann eine Ausnahme, wenn eine Unterlassung die Ursache war, daß der Schaden aus vorhergegangener Thätigkeit entstand (*d*).

(*a*) Hat ein Sclave geschadet, so heißt der Schaden noxia und der von einem Thiere verursachte Schaden pauperies. §. 1. J. 4 8. — pr. J. 4. 9.

(*b*) fr. 44. pr. D. 9. 2. „In lege Aquilia et levissima culpa venit."

(*c*) Dies wird auch ausdrücklich gesagt in fr. 13. §. 2 D. 7. 1.

(*d*) fr. 8. pr. fr. 27. §. 9. fr. 44. §. 1. fr. 45. pr. D. 9. 2.

§. 451.

2. Lex Aquilia.

Auf das damnum iniuria datum hatte besonders die Lex Aquilia (*) Bezug (*a*), aus welcher der Thäter auf Schadensersatz und Privatstrafe in Anspruch genommen werden konnte (*b*), und zwar in einigen Fällen (ex primo capite legis Aquiliae), wenn er nämlich den Sclaven oder das quadrupes pecus des Andern widerrechtlich getödtet hatte, auf den höchsten Werth, den der Sclave oder das Thier im letzten Jahre, von der Zeit der Tödtung zurückgerechnet, gehabt hatte (*c*); in allen übrigen Fällen (ex tertio capite) auf den höchsten Werth, den die beschädigte oder vernichtete Sache in den letzten

30 Tagen hatte (*d*). Leugnete der Beklagte wahrheitswidrig die Beschädigung, so war er zum Ersatz des Doppelten verpflichtet (lis inficiando crescit in duplum) (*e*).

(*) Ein zur Zeit des dritten Auszugs der Plebejer, also im Jahre d. St. 467, zu Stande gekommenes Plebiscit. THEOPHIL. ad §. 15. J. 4. 3. — Schol. ad Basil. LX. 3. 1. Sie hebt alle bisherige Vorschriften über dieses Delict auf. fr. 1. pr.D. 9. 2.

(*a*) GAJUS III. §. 210. — Inst. 4. 3. — Dig. 9. 2. — Cod. 3. 35. — Coll. Leg. Mosaic. 12. 7. — DONELLI comm. iur. civ. Lib. 15 c. 26. — Jo. SUAREZ DE MENDOZA comm. ad. Leg. Aquiliam; in MEERMANI thes. T. 2. p. 1. — GER. NOODT ad Leg. Aquiliam liber singularis. In oper. T. 1. p. 173, — J. E. W. ROMER de lege Aquilia. Traj. ad Rh. 1806. — CAR. VOLLGRAFF Diss. de lege Aquilia. Marb. 1820. — T. CANNEGIETER de lege Aquilia. Gröning. 1821. — Glück Comm. Th. 10. §. 698—705. — Unterholzner Schuldverh. B. 2. S. 690 ff. — Koch Recht der Ford. B. 3. S. 81 ff. — v. Vangerow §. 681. — Kritz Rechtsfälle B. 3. Nr. 10. — Auch gehören hierher die oben §. 342 angeführten Schriften über culpa, besonders die von Schöman, Löhr, Hasse und Elvers. Vergl. jetzt auch Schaaff a. a. O. S. 120 ff.

(*b*) Wobei aber auch das Interesse in Anschlag kam. §. 10. J. 4. 3. — fr. 21. §. 2. fr. 22. fr. 23. pr. fr. 37. §. 1. D. 9. 2.

(*c*) pr. §. 1. J. 4. 3. — fr. 2. D. 9 2. Der Inhalt des zweiten Capitels der Lex Aquilia ist erst durch GAJUS III. §. 215. 216 bekannt geworden. Es handelte nämlich von der Klage gegen den adstipulator (§. 418, Note *aa*), qui pecuniam in fraudem creditoris acceptam fecerit, welche jedoch schon zu Ulpian's Zeiten (fr. 27. §. 4. D. 9. 2.), oder, wenn dieß Interpolation ist, doch gewiß zu Justinian's Zeiten, außer Gebrauch war (§ 12 J. 4. 3). Man s. darüber: Gans Scholien zum Gajus S. 407. 443. — Zimmern im Arch. für d. civ. Prax. B. 4. S. 238. — Schweppe RG. §. 305. 326. — A. M. VAN DER KEMP Diss. de capite secundo legis Aquiliae s ad locum Gaji de adstipulatoribus. Lugd. Bat. 1820.

(*d*) §. 13—15. J. ibid. — fr. 27. §. 5. fr. 29. §. 8. D. ibid.

(*e*) fr. 2. §. 1. fr. 23. §. 10. D. ibid. — GAJUS III. §. 216. Dieß fällt bei uns ebenso hinweg, wie die angegebene höhere Schätzung.

§. 452.

3. Actio Legis Aquiliae.

Die Actio Legis Aquiliae war 1. anfänglich sehr beschränkt, sie konnte nämlich als directa actio nur dann angestellt werden, wenn corpore corpori geschadet war, und selbst in diesem Falle konnte nur der Eigenthümer der vernichteten oder beschädigten Sache direct ex lege Aquilia auf Schadensersatz und Strafe klagen (*a*). Beide Beschränkungen fielen in der Folge weg. Man ließ die Klage als utilis actio zu, wenn zwar corpori, aber nicht corpore geschadet war, und gestattete selbst in dem Fall, wo nec corpore nec corpori geschadet war, eine allgemeine Entschädigungsklage (actio in factum) (*b*). Auch blieb sie nicht auf den Eigenthümer der beschädigten Sache eingeschränkt, sondern sie wurde utiliter Jedem gestattet, der wegen eines dinglichen Rechts ein Interesse dabei hatte, daß die Sache nicht beschädigt wurde (*c*). 2. Die actio Legis Aquiliae ist vor Allem für den Fall unentbehrlich, wenn Jemand dem Andern durch widerrechtliche Thätigkeit Schaden an einer Sache zufügt, in Ansehung deren er mit demselben in keinem Vertragsverhältnisse und in keinem sonstigen Obligationsverhältnisse steht. Eben so unentbehrlich ist sie aber, wenn Jemand durch eine solche Thätigkeit aus levis culpa Schaden an einer Sache zufügt, in Ansehung deren er zwar in einem Vertrags- oder ähnlichen Verhältnisse steht, aber in einem solchen, vermöge dessen er nur für dolus und lata culpa einzustehen hat, wie z. B. der Depositar (*d*). Wird ein damnum iniuria datum durch eine Thätigkeit

angerichtet, für welche man auch ex contractu oder aus einem sonstigen vorausgegangenen Obligationsverhältnisse einsteht, so concurrirt die actio Legis Aquiliae in der Art mit der Klage aus diesem Verhältnisse, daß der Beschädigte die Wahl hat, welche von beiden Klagen er anstellen will (*e*). Ist dagegen durch widerrechtliche **Unthätigkeit** geschadet, so findet immer nur die Contractsklage statt.

(*a*) §. 16. J. 4. 3. — fr. 2. pr. fr. 27. §. 5. D. 9. 2. — fr. 11 §. 6. 9. ibid. — Hasse von der Culpa S. 10—95. 2te Aufl. S. 7—72.

(*b*) §. 16. J. cit. — fr. 33. §. 1. D. ibid. Vergl. fr. 11. D. 19. 5.

(*c*) fr. 11. §. 10. fr. 17. pr. D. 9. 2. Vergl. auch fr. 12. fr. 30. §. 1. ibid. — fr. 17. §. 3. D. 7. 1. Wer dagegen ein blos persönliches Recht an der beschädigten Sache hat, kann die actio Legis Aquiliae nicht anstellen, fr. 11. §. 9. D. 9. 2., wohl aber kann ihm, wenn jenes Recht auf Erwerbung des Eigenthums der Sache gerichtet war, die Klage vom Eigenthümer derselben cedirt werden. fr. 13. §. 12. D. 19. 1. Auch wegen des pecuniären Nachtheils, welchen die Verletzung des Körpers eines freien Menschen nach sich zieht, wird eine utilis Aquiliae actio gegeben, und zwar, wenn der Verletzte sui iuris ist, ihm selbst, und wenn er ein filius familias ist, dem Inhaber der patria potestas. fr. 5. §. ult. fr. 6. fr. 7. pr. fr. 13. pr. D. 9. 2. — Glück Comm. Th 10. S. 374. — Löhr von der Culpa S. 83. — Hasse von der Culpa S. 322. 324. 2te Aufl. S. 244. 245. — Zimmern Syst. der Noxalklagen. S. 10—15. — v. Vangerow §. 681. Anm. 1.

(*d*) Hier ist die Contractsklage nicht begründet, wohl aber die actio ex Lege Aquilia. Uebrigens halten manche Schriftsteller, und namentlich fast alle älteren, auch diese Klage nicht für zuläßig. S. die Citate bei Glück B. 10. S. 310 ff. und unter den Neueren z. B. Unterholzner B. 2. S. 698 und Sintenis prakt. Civilr. B. 2. §. 101. Note 38. Allein s. dagegen namentlich: Schöman Handb. B. 2. S. 208. — v. Löhr Beitr. S. 219 ff. Mag. B. 3. S. 173 ff. B. 4. S. 486. — Glück a. a. O. — Hasse von der Culpa §. 36 ff. — v. Vangerow §. 681. Anm 3. Uebrigens hat das Contracts- oder sonstige Obligationsverhältniß zuweilen den Einfluß, daß eine Thätigkeit, die ohne dasselbe eine culpose sein würde, als schuldlos erscheint, so daß die actio ex Lege Aquilia unzuläßig ist, nicht weil die begangene culpa zu gering ist, um in diesem Verhältniß präſtirt zu werden, sondern weil gar keine culpa begangen ist. fr. 17. §. 29. fr. 27. §. 23. D. 9. 2. — fr. 30 §. 2. D. 19. 2. — fr. 54. §. 2. D. 41. 1. S. die zuletzt angeführten Schriftsteller und: Hagemeister in v. Löhr's Mag. B. 3. S. 145 ff. — Roßhirt in s. Zeitschr. B. 2. S. 54 ff.

(*e*) Uebrigens verliert man die eine Klage noch nicht durch die Anstellung der anderen und auch noch nicht durch den Sieg mit derselben, sondern erst dadurch, daß man seine Befriedigung erlangt, und selbst in diesem Falle kann mit jener Klage noch das eingeklagt werden, was sie mehr gewährt als diese. fr. 7. §. 8. fr. 18. D. 9. 2. — fr. 7. §. 1. D. 13. 6. — fr. 34. §. ult. D. 44. 7 und darüber: H. J. Klüpfel im Arch. für die civ. Pr. B. 2. Nr. 23. — Ueber den Schluß der letzten Stelle s. v. Savigny Syst. B. 5. S. 229 ff. und die dort angeführten Schriftsteller, ferner: Huschke in Linde's Zeitschr. n. F. B. 2. S. 184 ff. — Kleinschrod zur Lehre von der Concurrenz der Klagen. Nördl. 1849. S. 22 ff. — Martens über Concurrenz und Collision der Röm. Civilklagen Leipz. 1856. S. 48 ff. S. 103 ff.

§. 453.

D. Iniuria. 1. Begriff.

Iniuria im weitern Sinne heißt im Römischen Recht Alles, quod non iure fit, also jede widerrechtliche Handlung (*a*). Im engern Sinne wird darunter jede Handlung verstanden, wodurch Nichtachtung der Persönlichkeit eines Menschen absichtlich (animo iniuriandi) an den Tag gelegt, und besonders diejenige, wodurch die Ehre desselben absichtlich verletzt wird (*b*).

(*a*) pr. J. 4. 4. — §. 2. J. 4. 3. — fr. 3. fr. 5. §. 1. D. 9. 2. — fr. 1. pr. D. 47. 10.

(*b*) Gajus III. §. 220. — Paulus 5. 4. — Coll. leg. Mos. tit. 2. — Inst 4. 4. — Dig. 47. 10. — Cod. 9. 35. — Donelli comm. iur. civ. Lib. 15. c. 24. — Ab.

Diet. Weber über Injurien u. Schmähschriften. 4. Aufl. Leipz. 1820. — IDZERT ECKMA Diss. de iniuriis, praecipue de illarum poenis. Gröning. 1809. — Gensler im Arch. für civ. Prax. Bd. 1. Nr. 11. — Walter über Ehre und Injurien nach Röm. Recht; im neuen Archiv für das Criminalrecht B. 4. St. 1. 2. — ZIMMERMANN de iniuriis ex iure Rom. Berol. 1835. — Heffter die Begriffsverschiedenheit der Römischen und Deutschen Injurien; im Arch. für Criminalr. n. F. 1839. S. 237 ff. — Mittermaier in Weiske's Rechtslex. B. 5. S. 863 ff. — Huschke Gajus S. 118 ff. — v. Keller Grundr. §. 162. — Dessen Pand. §. 376.

§. 454.

2. Arten.

Die Ehre eines Menschen kann verletzt werden sowohl durch Worte, sei es mündlich oder schriftlich, als auch durch Thätlichkeiten. In jenem Falle ist die Ehrenkränkung eine Verbal-, in diesem eine Realinjurie (*a*), und die eine wie die andere kann ihrer Größe nach, wobei immer auf die Verhältnisse des Orts, der Zeit und der Personen Rücksicht zu nehmen ist, eine leichte (iniuria levis) oder eine schwere (iniuria atrox) sein (*b*).

(*a*) §. 1. J. 4. 4. — fr. 1. § 1. D. 47. 10.
(*b*) §. 9. J. ibid. — fr. 7. §. 7. 8. D. ibid. und darüber Dirksen Beitr. S. 320.

§. 455.

3. Wirkungen.

Die privatrechtlichen Wirkungen der Injurie bestehen: 1. darin, daß der Beleidigte nach prätorischem Rechte die erlittene Injurie zu Gelde anschlagen und die Summe, die der Richter nach billigem Ermessen zu ermäßigen hat, als Schadensersatz und Privatgenugthuung mit der s. g. actio iniuriarum aetimatoria vom Injurianten zu fordern berechtigt ist, welche Klage jedoch schon in einem annus utilis verjährt (*a*). 2. Auch kann nach einer Lex Cornelia, wenn die Injurie in Schlägen oder in dem Eindringen in eine fremde Wohnung besteht, eine Klage zu demselben Zwecke (*aa*) angestellt werden, die als Civilklage zu den perpetuae actiones gehört (*b*).

(*a*) Nach den XII Tafeln hatte der Injuriant in der Regel 25 asses an den Injuriirten als Strafe zu bezahlen; wenn aber os fractum vel collisum est, 300 oder 150 asses, je nachdem der Verletzte ein freier Mensch oder ein Sclave war, und wenn membrum ruptum est, so wurde er mit der talio bestraft, insoferne es nicht zu einem Vergleiche kam. GAJ. III. §. 223. — GELL. XX. 1. Als diese Bestimmungen zu dem Vermögen vieler Römer nicht mehr paßten, versprach der Prätor eine Klage nach den oben angegebenen Regeln. GAJ. III. §. 224. — Coll. II. 5 6. — §. 7. J. 4. 4.
(*aa*) Die Lex Cornelia gestattete in diesen Fällen eine peinliche Anklage, gab aber dem Injuriirten die Wahl zwischen ihr und einer Klage auf Privatstrafe. fr. 5. D. 47. 10. Später konnte jeder Injuriirte auf öffentliche Strafe klagen, wenn er dieses vorzog. §. 10. J. 4. 4. — fr. ult. D. 47. 10.
(*b*) §. 8. J. ibid. vergl. mit fr. 37. §. 1. D. 47. 10. Ueber die Verjährung ist a. M.: Chop im Arch. für civ. Pr. B. 17. S. 214 ff.

Drittes Capitel.

Obligationes, quae proprio quodam iure nascuntur ex variis causarum figuris.

§. 456.

Uebersicht.

Unter den Obligationen, welche weder aus Contracten, noch aus Delicten, den beiden gewöhnlichen Entstehungsarten, sondern proprio quodam iure ex

variis causarum figuris entspringen, sind 1. solche, welche quasi ex contractu, 2. solche, welche quasi ex delicto s. maleficio entstehen; es gibt aber auch 3. noch manche, welche auf andere Weise erzeugt werden.

Erster Titel.

Obligationes quasi ex contractu.

§. 457.

1. Begriff derselben.

Oft werden Personen, die gar nicht mit einander contrahirt haben, unter Voraussetzung gewisser Thatsachen nach Römischem Rechte ungefähr so angesehen, als ob sie wirklich einen Vertrag unter sich abgeschlossen hätten (quasi contraxissent). Das zwischen diesen Personen alsdann stattfindende Rechtsverhältniß, welches immer Aehnlichkeit mit einer Contracts-Obligation hat, heißt daher: obligatio, quae quasi ex contractu oritur (*a*). Eine solche entsteht aus der Geschäftsführung ohne Auftrag (negotia gesta, s. g. negotiorum gestio), aus der Verwaltung gemeinschaftlicher Güter, wenn die Gemeinschaft zufällig entstanden ist (s. g. communio incidens), aus der Leistung einer Nichtschuld (solutio indebiti), aus der Tutel und Cura, und aus der Antretung einer Erbschaft (*b*).

(*a*) Inst. 3. 27. (28.) — Donelli comm. iur. civ. Lib. 15 c. 14—23. — F. C. Hübner (Pr. C. G. Hübner) Diss. de natura obligationum quae quasi ex contractu et quae quasi ex delicto nascuntur. Lips. 1802. — Weber von der nat. Verb. §. 9. — Cramer in der Zeitschr. für gesch. RW. B. 1. S. 317. — Bucher Recht der Ford. §. 144—151. — C. Heilbronn de natura obligationis, quae quasi ex contr. nascitur. Traj. ad Rh. 1827.

(*b*) Tigerström Röm. Dotalrecht B. 1. S. 198. rechnet auch noch die constitutio dotis dahin. Da nun aber von dieser, so wie von dem durch die Führung einer Vormundschaft zwischen Vormund und Pflegebefohlenen, und von dem durch Antretung einer Erbschaft zwischen dem Erben einerseits, und den Legatarien andererseits, begründeten Rechtsverhältnisse erst unten § 520. 602. 686 weiter die Rede sein kann, so bleiben hier nur noch die drei ersten Rechtsverhältnisse zu betrachten übrig.

§. 458.

II. Einzelne Fälle. A. Negotia gesta (*a*). 1. Begriff.

Der Römische Ausdruck negotia gesta bezeichnet, wie der heutige Ausdruck negotiorum gestio, die Besorgung fremder Geschäfte ohne Auftrag und Vorwissen desjenigen, den sie angehen (*b*). Hieraus entsteht zwischen demjenigen, welcher die Geschäfte eines andern besorgt (negotiorum gestor), und diesem selbst (dominus negotiorum s. rei gestae) eine Obligation, welche der zwischen dem Mandatar und seinem Mandanten stattfindenden Obligation ähnlich ist und bei welcher daher auch im Allgemeinen dieselben Grundsätze eintreten.

(*a*) Paulus I. 4. — §. 1. J. 3. 27. (28.) — Dig. 3. 5. — Cod. 2. 19. — Donelli comm. iur. civ. Lib. 15. c. 15—17. — Car. Frid. Wilh. Schmidt (Pr. Car. Chr. Hofacker) Diss. sistens leges quasdam potiores tituli Digestor. de negot. gestis. Tubing. 1787. — Glück Comm. Th. 5. §. 415 — 426. — M. van de Haute Nanteuil Diss. de negotiis gestis. Lovan. 1828. — Unterholzner

Schuldverh. B. 2. S. 600 ff. — Koch Recht der Ford. B. 3. S. 492. ff. — Kritz Pandektenr. Th. 1. B. 1. S. 348 ff. — v. Wächter im Arch. für civ. Pr. B. 20. Nr. 11. — E. Chambon die Negotiorum Gestio. Leipz. 1848. — Ruhstrat im Arch. für civ. Pr. B. 32. Nr. 7. B. 33. Nr. 2. u. 9. B. 34. Nr. 3. — Brinkmann Verhältniß der a. comm. div. und der a. negotior. gestor. zu einander. Kiel 1855. — H. Dankwardt die negotior. gestio. Rost. 1855. — B. Leist das erlaubte ungerufene Eingreifen in fremde Vermögensangelegenheiten; in s. civ. Studien H. 2. Jena 1855. (Darüber Dankwardt und Stintzing in der Heidelb. krit. Zeischr. B. 3. S. 155 ff.) — O. Köllner Grundzüge der obligatio negogotior. gestor. Gött. 1856. (Darüber: Stintzing in der Heidelb. krit. Zeitschr. B. 4. S. 227 ff. u. Kuntze in Schletter's Jahrb. B. 2. S. 256 ff.) — Ruhstrat zur Lehre von der negotior. gestio. Oldenb. 1858. (Darüber: Arndts in Haimerl's Vierteljahrschr. I. Lit. S. 41 ff.) — Aarons Beiträge zur Lehre von der negotior. gestio. 1. Abth. Schwerin 1860.

(*b*) C. Th. Welcker Diss. exhibens interpretationem L. 9. D. de negotiis gestis, iuncta L. 60. D. de reg. iuris. Giessae 1813. — Thibaut civ. Abh. nr. 20. — Busse de ratihab. Lips. 1834. p. 46 seqq. — Kritz a. a. O. S. 399 ff. — Chambon a. a. O. §. 5. 6. — Ruhstrat im Arch. B. 33. S. 198 ff. — Leist a. a. O. S. 143 ff. — Stintzing S. 174 ff. — v. Vangerow §. 664 Anm. Nr. III. — Arndts Pand. §. 298 Anm. 4.

§. 459.

2. Voraussetzungen der negotia gesta.

Die s. g. negotiorum gestio setzt immer ein fremdes Geschäft voraus, welches Jemand ohne Auftrag und ohne amtlichen Beruf dazu besorgt. Dieses reicht hin, um einen Geschäftsführer, der fähig ist, durch Rechtsgeschäfte Schulden zu übernehmen, dem Geschäftsherrn zu obligiren. Dazu aber, daß auch der Geschäftsherr dem Geschäftsführer obligirt werde, ist noch weiter erforderlich (*a*): 1. daß der Geschäftsführer die Absicht gehabt habe, zum Vortheil des Geschäftsherrn und nicht etwa blos zu seinem eigenen Vortheil zu handeln (*b*); 2. daß er ferner die Absicht gehabt habe, den Geschäftsherrn verbindlich zu machen (*c*); 3. daß durch die Geschäftsführung ein Bedürfniß befriedigt worden sei (*cc*), daß nämlich der Geschäftsherr gestorben oder außer Stand gewesen sei, die Geschäfte selbst zu führen, und daß die Besorgung der geführten Geschäfte nothwendig gewesen sei, um Schaden abzuwenden (*ccc*), oder doch um die Vermögensverwaltung im Gange zu erhalten (*d*); so weit der Geschäftsführer in diesen Schranken bleibt (*dd*) und die Geschäfte gut besorgt, verliert er seine Ansprüche auch nicht etwa dadurch, daß der Erfolg durch Zufall vereitelt wird (*ddd*); endlich 4. daß der Geschäftsherr die Besorgung der Geschäfte nicht ausdrücklich, entweder schriftlich oder vor Zeugen, verboten habe (*e*). Unter diesen Voraussetzungen wird durch die Geschäftsführung aber auch Jeder verpflichtet, dessen Geschäfte besorgt sind, selbst wenn dieser sich für seine Person nicht sollte verpflichten können (*f*).

(*a*) fr. 6. §. 4. D. 3. 5. Vergl. fr. 6. pr. §. 9. fr. 45. §. 2. D. ibid.

(*b*) Sonst kann der Geschäftsführer nur so weit Schadloshaltung verlangen, als der Geschäftsherr durch das Geschäft bereichert ist. fr. 6. §. 3. D. ibid.

(*c*) fr. 27. §. 1. fr. 44. D. ibid. — const. 11. C. 2. 19.

(*cc*) Diese Voraussetzung wurde zuerst gebührend herausgehoben von v. Wächter a. a. O., welchem v. Vangerow a. a. O. beistimmt. Vergl. die im §. 458 Note *a* angeführten späteren Schriftsteller.

(*ccc*) §. 1. J. 3. 26. (27.) — fr. 1. D. 3. 5. — fr. 5. pr. D. 44. 7.

(*d*) Ueber solche Fälle s. z. B.: fr. 6. §. 12. fr. 8. pr. fr. 11. fr. 16. fr. 19. §. 3. 5. fr. 21. §. 2. fr. 23. fr. 31. §. 6. fr. 35. 38. D. 3. 5.

(*dd*) Sonst haftet ihm der Geschäftsherr nur, so weit er durch das Geschäft bereichert ist. fr. 11. 43. D. 3. 5. — fr. 5. pr. D. 15. 3.

(*ddd*) fr. 10. §. 1. fr. 22. 27. pr. D. 3. 5.

(*e*) fr. 8. §. 3. ibid. — fr. 40. D. 17. 1. — const. 24. C. 2. 19. — Marezoll im Arch. für civ. Pr. B. 8. S. 265.

(*f*) Ein Solcher haftet jedoch auch nur, soweit er bereichert ist. fr. 3. §. 5. fr. 6. pr. fr. 37. pr. D. 3. 5.

§. 460.

3. Wirkung derselben.

Durch die negotiorum gestio wird A. der negotiorum gestor verpflichtet: 1. das Geschäft, welchem er sich ohne Auftrag unterzog, selbst wenn der negotiorum dominus während desselben sterben sollte, gehörig zu Ende zu bringen, sonst muß er den Schaden ersetzen und verliert seine Entschädigungsansprüche (*a*). Er ist 2. für diligentia verantwortlich (*b*) und daher in der Regel auch verpflichtet, von den in dem Geschäfte verwickelten Geldern die Zinsen zu bezahlen, die er davon hätte ziehen können (*c*). Er muß ferner 3. Rechnung von seiner Geschäftsführung ablegen und dem Herrn des Geschäfts Alles herausgeben, was er durch dasselbe für ihn erwarb (*d*). 4. Auf die Erfüllung dieser Verbindlichkeiten kann er von dem Herrn des Geschäfts mit der directa negotiorum gestorum actio in Anspruch genommen werden (*e*). Dagegen ist B. der negotiorum dominus von seiner Seite verpflichtet, dem negotiorum gestor: 1. alle Kosten und Auslagen, welche dieser bei der Geschäftsführung aufgewendet hat, nebst Zinsen von Zeit der Aufwendung an, zu ersetzen (*f*); auch muß er ihn 2. von den Verbindlichkeiten, welche derselbe für ihn übernommen hat, befreien (*g*). 3. Die Klage, welche dem negotiorum gestor gegen den negotiorum dominus zusteht, heißt contraria negotiorum gestorum actio (*h*).

(*a*) fr. 17. §. 3. D. 13. 6. — fr. 21. §. 2. D. 3. 5. — const. 20. C. 2. 19.

(*b*) §. 1. J. 3. 27. (28.) — fr. 23. D 50. 17. — fr. 32. pr. D. 3. 5. — fr. 25. §. 16. D. 10. 2 — const. 20. C. 2. 19. — Christ. Gottl. Einert Disp. de negotiorum gestoris ad culpam levissimam praestandam obligatione. Lips. 1767. — J. Duivensz Explicatio L. 32. D. de negot. gest. Lugd. Bat. 1800. — J. M. H. de Vries Explicatio L. 20. C. de neg. gest. L. B. 1813. — Löhr Theorie der Culpa S. 162. — Hasse von der Culpa §. 99. — Doch gibt es Fälle, wo er nur dolum und culpam latam, andere, wo er sogar casum prästiren muß. Jenes ist der Fall, wenn er sich einer Sache eines Andern annimmt, die sonst unwiederbringlich verloren gewesen sein würde. fr. 3. § 9. D. 3. 5. Dieses, wenn er für den Andern ein Geschäft unternimmt, auf welches sich dieser nicht einzulassen pflegt, fr. 11. ibid., oder wenn er sich den Geschäften eines Andern wider dessen ausdrückliches Verbot unterzieht. fr. 8. §. 3. ibid. — const. 24. C. 2. 19.

(*c*) fr. 19. §. 4. ibid. Vergl. fr. 37. §. 1. ibid. — const. 24. C. 4. 32. Hat er Gelder, die dem Geschäftsherrn gehörten, in eigenen Nutzen verwendet, so muß er 6 Procent Zinsen bezahlen. fr. 38. ibid. Hat er Gelder unsicher verborgt, so haftet er für das Capital und die gewöhnlichen Zinsen. fr. 37. §. 1. ibid.

(*d*) §. 1. J. 3. 27. (28.) — fr. 2. D. ibid.

(*e*) §. 1. J. cit.

(*f*) fr. 45. D. ibid. Vergl. fr. 2. fr. 19. §. 4. fr. 37. D. ibid. — const. 18. C. 2. 19.

(*g*) fr. 2. D. ibid.

(*h*) §. 1. J. cit.

§. 461.

4. Funeraria actio (*a*).

Eine besondere Art der negotiorum gestio ist die Besorgung der Beerdigung eines Verstorbenen, zu welcher ein Anderer verbunden ist, ohne daß dieser Auftrag dazu ertheilt hat. Wer eine solche Besorgung übernimmt, kann die darauf verwendeten Kosten mit der funeraria actio von demjenigen, welcher den Verstorbenen begraben zu lassen verpflichtet war, wiederfordern (*b*), vorausgesetzt: 1. daß es nicht seine Absicht war, ihm dieselben zu schenken (*c*); 2. daß er das Begräbniß dem Stande des Verstorbenen gemäß, also nicht zu prächtig und nicht zu unansehnlich, besorgt hat (*d*); und daß ihm endlich 3. keine andere Klage zu Gebot steht (*dd*). Diese Klage ist übrigens mit dem besonderen Vorzugsrechte versehen, daß bei einem über das Vermögen des Verstorbenen oder des Ersatzpflichtigen entstandenen Concurse die Begräbnißkosten vor allen andern Schulden bezahlt werden müssen (*e*), und daß sie, abweichend von der gewöhnlichen contraria negotiorum gestorum actio, auch dann stattfindet, wenn derjenige, dem die Pflicht zum Begräbnisse oblag, dasselbe dem Besorger untersagt hatte (*f*).

(*a*) Dig. 11. 7. — Glück Comm. Th. 11. §. 766. — K. A. Schneider die allgemein subsidiären Klagen des Röm. Rechts. Rost. 1834. S. 500 ff. — Chambon a. a. O. §. 23. — G. Dietzel de actione funeraria. Lips. 1853.

(*b*) fr. 12. §. 2 D. 11. 7. Vergl fr. 14. §. 6. 12. 13. D. ibid. und über die Verbindlichkeit, die Kosten des Begräbnisses zu tragen, fr. 12. §. 4. fr. 16—23. fr. 28. fr. 31. pr. ibid.

(*c*) fr. 14. §. 7. ibid. — fr. 27. §. 1. fr. 44. D. 3. 5. — const. 11. C. 2. 19.

(*d*) fr. 12. §. 5. fr. 14. §. 5. 6. 10. D. 11. 7.

(*dd*) fr. 14. §. 12. D. ibid.

(*e*) fr. 14. §. 1. fr. 45. D. ibid. — const. 22. §. 9. C. 6. 30. — Pauli sent. rec. Lib. 1. tit. 21. §. 15. — Dabelow vom Concurse S. 185. S. unten §. 484 i.

(*f*) fr. 14. §. 13—17. D. ibid.

§. 462.

B. Gemeinschaft und Gränzstreitigkeit. 1. Einleitung.

Jede Gemeinschaft, sei sie Miteigenthum (§. 240 und 268), oder habe sie ein dingliches Recht an einer fremden Sache zum Gegenstande, und sei sie in Folge einer vertragsmäßigen Vereinigung, eines Societätscontractes, oder ohne solche Vereinigung zufällig entstanden (s. g. communio (*a*) incidens), erzeugt gewisse obligatorische Verhältnisse unter den Theilhabern (§. 463), zu deren Geltendmachung die eigentlichen Theilungsklagen (§. 465) eingeführt sind. Diesen Verhältnissen sind diejenigen sehr ähnlich, welche unter Gränznachbarn entstehen, wenn die Gränzen ihrer an einander stoßenden Grundstücke in Verwirrung gekommen oder wenigstens streitig geworden sind (§. 464), weshalb denn die in diesem Falle stattfindende Gränzscheidungsklage auch zu den Theilungsklagen im weitern Sinne gezählt wird (§. 465).

(*a*) Die Veranlassung zu diesem Ausdrucke gaben fr. 25. §. 16. D. 10. 2. und fr. 31. D. 17. 2.

§. 463.

2. Obligationen aus der eigentlichen Gemeinschaft (*a*).

Aus einer Gemeinschaft entspringen folgende Verbindlichkeiten: 1. Vor Allem kann jeder Theilhaber gegen den andern auf Theilung antragen (*b*).

2. Daneben aber ist a) derjenige Theilhaber, der den Gegenstand der Gemeinschaft bisher verwaltet hat, Rechnung von seiner Verwaltung abzulegen und das, was er durch dieselbe erwarb, verhältnißmäßig mit den übrigen zu theilen verpflichtet (*c*). b) Er ist für eine solche diligentia verantwortlich, wie er sie in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt (*d*). Dagegen ist ihm c) Jeder von den übrigen Interessenten nach Verhältniß seines Antheils Ersatz für die Kosten und Auslagen zu leisten schuldig, welche er auf die gemeinschaftliche Erbschaft oder Sache verwendet hat (*e*); und weil diese Forderung nicht durch den Willen der Verpflichteten begründet wird, sondern aus der versio in rem entsteht (actio ex re venit), so findet die Klage deshalb auch gegen solche Theilhaber statt, die sich durch ihre Einwilligung nicht verpflichten können, z. B. gegen Pupillen und Wahnsinnige (*f*).

(*a*) §. 3. 4. J. 3. 27. (28.) — Dig. 10. 2. und 3. — Cod. 3. 36—38. — Ernst Chr. Westphal von den einzelnen Vermächtnißarten und der Erbtheilungsklage. Leipz. 1793. — Glück Comm. Th. 11. §. 725—740. — Unterholzner Schuldverh. B. 2. S. 393 ff. — Koch Recht der Ford. B. 3. S. 551 ff. — Kritz Pandektenr. Th. 1. B. 2. S. 4 ff. — E. Vogt zur Lehre v. der a. comm. divid. Bern 1842. — Molitor les obligations. T. 2. p. 337 seq. — S. auch oben §. 458. Note *a*.
(*b*) S. §. 465. Note *a*.
(*c*) fr. 19. D. 10. 2. — Vergl. fr. 6. §. 2. D. 10. 3.
(*d*) fr. 25. §. 16. D. 10. 2. — fr. 20. D. 10. 3.
(*e*) const. 18. §. 1. C. 3. 36. — fr. 18. §. 3. D. 10. 2. — fr. 4. §. 3. fr. 14. §. 1. fr. 29. pr. D. 10. 3.
(*f*) fr. 46. D. 44. 7.

§. 464.

3. Obligationen bei einer Gränzstreitigkeit (*a*).

Bei der oben (§. 462) bezeichneten Gränzstreitigkeit treten ähnliche Verhältnisse ein. Jeder der Interessenten kann nämlich auf Berichtigung der Gränzen gegen den andern klagen; Jeder ist dem Andern Rechnung über die gezogenen Nutzungen und Früchte, insofern sie diesem zu restituiren sind, abzulegen und den durch seine culpa verursachten Schaden zu ersetzen verpflichtet, dagegen aber auf der andern Seite berechtigt, die zum Besten des Andern auf die Sache verwendeten Unkosten in Abrechnung zu bringen oder ersetzt zu verlangen (*b*).

(*a*) Dig. 10. 1. — Cod. 3. 39. — Glück Comm. Th. 10. §. 714. — C. H. Trotz de termino moto. Traj. ad Rhen. 1730 et in Oelrichs thes. nov. Vol. 2. nr. 3. — Car. Saxii Diss. ad legem Mamiliam finium regundorum. Traj. ad Rhen. 1779. Ed. 2da. Lips. 1782. — A. F. C. Reinhard Diss. de finibus regundis. Erford. 1781. — C. Seweloh über Gränzrevision und Gränzberichtigung. Fulda 1808. — Hagemann Landwirthschaftsrecht §. 161—164. — Gesterding in den Nachforschungen über versch. Rechtsmaterien. Th. 1. S. 271. — Carl Aug. Weiske skeptisch prakt. Behandl. einiger civilr. Gegenstände. Leipz. 1829. S. 55. — W. H. Puchta Handbuch der freiw. Gerichtsbarkeit Th. 2. §. 259—263. — G. F. Puchta in der Zeitschr. für Recht und Gesetzgebung in Kurhessen. H. 2. S. 1 ff. (auch in s. kleinen Schriften S. 347 ff.) — Wiederhold in Linde's Zeitschr. B. 13. S. 35 ff. — Sternberg ebendas. B. 17. S. 426 ff. — Rudorff in der Zeitschr. für geschichtl. RW. B. 10 S. 343 ff. — Dessen gromatische Institutionen (in d. Schriften der Röm. Feldmesser B. 2.) S. 433 ff. — Hoffmann im Arch. f. civ. Prax. B. 31. S. 493 ff. B. 35. S. 350 ff. — v. Vangerow §. 658. — Ueber fr. 13. D. 10. 1. s. auch: Langenn und Kori Erört. B. 2. Nr. 23. u. Gisb. Aug. Rosen fragmenti Gajani de iure confinium quod extat in L. ult. D. fin. reg. interpretatio. Lemgov. 1831.
(*b*) fr. 4. §. 1. 2. D. 10. 1. — const. 1. C. 7. 51.

§. 465.

4. Theilungsklagen.

Die eigentlichen Theilungsklagen (s. g. iudicia divisoria) gehen zunächst auf die Theilung des bisher gemeinschaftlichen Objects und daneben auch auf die sonstigen Prästationen, welche die Theilhaber durch die bisherige Gemeinschaft einander schuldig geworden sind. Der erste dieser Zwecke kann nur durch die Theilungsklage erreicht werden (*a*). Zur Erreichung des andern Zweckes dient meistens auch die actio pro socio (*b*). Wo diese aber nicht begründet ist, nämlich bei der s. g. communio incidens, da kann man wohl sagen, die Theilungsklage ersetze einigermaßen die Klage aus dem Societätscontract, und nur in dieser Beziehung sagen die Römer, es werden durch die Theilungsklagen Obligationen geltend gemacht, die quasi ex contractu entstanden sind (*c*). Die Theilungsklagen sind rein persönliche Klagen (§. 195 Note *g*), und zwar duplica iudicia (§. 193 Note *b*). Es gehört dahin 1. das iudicium oder die actio familiae erciscundae, welche auf Theilung einer gemeinschaftlichen Erbschaft und auf die vorhin (§. 463.) angeführten Prästationen (*d*), und 2. das iudicium oder die actio communi dividundo, welche auf Auseinandersetzung irgend einer andern Gemeinschaft und auf die ebendaselbst (§. 463.) angeführten Prästationen gerichtet ist. Diesen eigentlichen Theilungsklagen ist ganz ähnlich 3. das iudicium oder die actio finium regundorum, welche auf Grenzregulirung und Schadensersatz gerichtet ist (§. 464.) (*e*).

(*a*) fr. 1. 2. pr. D. 10. 3. — fr. 43. D. 17. 2.

(*b*) Was man nun schon durch den einen Proceß erreicht hat, das kann man natürlich nicht in dem andern noch einmal verlangen. fr. 38. §. 1. fr. 43. D. 17. 2.

(*c*) §. 3. 4. J. 3. 27. (28.)

(*d*) Das Nähere darüber s. unten §. 695.

(*e*) Ueber die Verjährung der Theilungsklagen: Bruno Castendyk de eo quod iustum est circa praescriptionem in iudiciis divisoriis. Gött. 1792. — Unterholzner Verjährungslehre §. 19 am E. (B. 1.) §. 181. (B. 2.) — Göschen Vorles. §. 149. Bd. 1. S. 427 ff.

§. 466.

C. Solutio indebiti. 1. Begriff.

Auch aus der Leistung einer Nichtschuld entsteht eine obligatio quasi ex contractu. Wenn nämlich Jemand dem Andern Etwas aus Irrthum gegeben oder geleistet hat, wozu er nicht verpflichtet war, so kann er es zurückfordern, gleichsam als ob er es ihm blos geliehen hätte (*a*). Das Wort solutio indebiti wird hier aber in einem sehr ausgedehnten Sinne genommen und begreift unter sich auch den Fall, wo Einer dem Andern eine Arbeit indebite leistete (*b*), oder eine Schuld übernahm, wozu er nicht verpflichtet war (*c*), oder ein Recht aufgab, oder eine Schuld erließ (*d*), in der Meinung, daß er rechtlich dazu verpflichtet sei.

(*a*) Gaj. III. §. 91. — §. 6. J. 3. 27. (28). — §. 1. J. 3. 14. (15.) — Dig. 12. 6. — Cod. 4. 5. — Donelli comm. iur. civ. Lib. 14. c. 11—19. *Ejusd.* comm. ad tit. Cod. de condictione indebiti. — Glück Comm. Th. 13. §. 827. — G. F. Ackermans Diss. de eo, quod tanquam indebitum condici nequit. Lugd. Bat. 1810. Denuo ed. ab auctoris filio. ibid. 1830. — Thibaut Versuche B. 2 nr. 5. — Gensler im Arch. f. die civ. Pr. B. 2. Nr. 27. — Jo. Conr. Eug. Franc. Rosshirt Diss. de legitimo condictionis indebiti fundamento. Erlang. 1818. — F. Ledure de condictione indebiti. Leodii 1821. — L. H. Dubus de condict. indeb. Lovan. 1825. — W. J.

G. Sybkens de condict. indeb. Gröning. 1825. — Car. van Renynghe spec. de condictione indebiti. Gandavi 1826. (Darüber: Hepp in der Tüb. krit. Zeitschr. für RW. B. 4. S. 237.) — Unterholzner Schuldverh. B. 2. S. 29 ff. — Koch Recht d. Ford. B. 3. S. 314 ff — E. Sell in den Sell'schen Jahrb. B. 1. S. 116 ff. — C. Christiansen zur Lehre von der naturalis obligatio und condictio indebiti. Kiel 1844. — A. Renaud im Arch. für civ. Pr. B. 29. Nr. 4 und 14. — A. Erxleben die condictiones sine causa. 1. Abth. die condictio indebiti. Leipz. 1850. — Bähr die Anerkennung §. 19 ff. — Siehe auch §. 475 Note *a*.

(*b*) fr. 26. §. 12. fr. 40. §. 2. D. 12. 6.

(*c*) fr. 31. D. ibid. — const. 3. C. 4. 5.

(*d*) fr. 39. fr. 22. §. 1. D. ibid. Ueber die Zulässigkeit der Rückforderung eines für eine Nichtschuld bestellten Pfandes, sehe man Thibaut civil. Abh. nr. 14.

§. 467.

2. Begründung dieser Obligation.

Zur Begründung dieser Obligation und der condictio indebiti ist erforderlich: 1. daß das Gezahlte oder Geleistete ein indebitum war (*a*). Wer Etwas zahlte, wozu er naturaliter verpflichtet war, kann es nicht zurückfordern (*b*), eben so wenig der, welcher eine schuldige Zahlung vor der Verfallzeit leistete, wenn es nur bei der Zahlung schon gewiß war, daß der Tag eintreten würde (*c*). Dagegen ist es ein indebitum, wenn Jemand Etwas zahlt, was nicht er, sondern ein Anderer schuldig ist, oder wenn Jemand seine Schuld einer solchen Person bezahlt, die nicht sein Gläubiger ist (*d*). 2. Daß das Gezahlte aus einem entschuldbaren Irrthum gezahlt worden ist. Wer also wissentlich oder aus einem nicht entschuldbaren Irrthum Etwas zahlte, wozu er nicht verpflichtet war, kann es mit dieser Klage (*e*) nicht zurückfordern (*f*). 3. Daß der Empfänger das ihm Gezahlte in gutem Glauben angenommen hat; denn wußte er, daß es ihm nicht gebührte, und nahm es doch an, so wird er der Regel nach als Dieb angesehen und haftet als solcher (*g*). 4. Daß die bezahlte vermeintliche Schuld nicht zu denjenigen gehört, bei welchen lis inficiando crescit in duplum (*h*).

(*a*) fr. 22. pr. fr. 37. 40. D. 12. 6. — fr. 16. §. 1. D. 16. 1. — fr. 45. pr. D. 50. 17. — const. 18. C 4. 32. — const. 3. C. 3. 43.

(*b*) fr. 13. fr. 26. §. 9 fr. 38. fr. 40. pr. D 12. 6. — fr. 9. §. 4. 5. fr. 10. D. 14. 6. — fr. 7. §. 4. D. 2 14. — fr. 5. § 2. D. 46. 3. Ueber die schwierige Stelle fr. 38. Frater a fratre D. 12. 6. s. man: Glück Comm. Th. 13. S. 38. — C. Fr. Reinhardt von der nat. Verb. §. 120. — v. der Pfordten Abh. Nr. 2. §. 7. S. 172 ff. — Sinteni's Civilr. B. 3. §. 142 Note 19. — Schwanert die Naturalobl. S. 221 ff. (über fr. cit. §. 1. 2.) und S. 320. ff. (über fr. cit. pr.)

(*c*) fr. 10. D. ibid. Das Nämliche gilt auch, wenn man vor Eintritt einer conditio, quae omnino extatura est, schon bezahlt. fr. 17. 18. D. ibid. Bezahlt man dagegen, während eine gewöhnliche Bedingung noch im Schweben ist, so findet Zurückforderung statt. fr. 16. pr. D. ibid.

(*d*) fr. 65. § 9. fr. 19. §. 1. fr. 22. pr. D. 12. 6. — const. 8. C. 4. 5. Ebenso, wenn zwar eine Klage begründet war, aber eine solche, welcher eine exc. perpetua entgegen stand, ohne daß eine naturalis obligatio angenommen wird. fr. 26. §. 3. 7. fr. 30. fr. 32. §. 1. fr. 40. pr. §. 2. fr. 43. D. 12. 6.

(*e*) Die condictio sine causa im engeren Sinne ist zuweilen zuläßig. S. §. 475 Note *e*.

(*f*) fr. 1. §. 1. ibid. — fr. 53. D. 50. 17. — const. 10. C. 1. 18. Vergl. fr. 2. pr. fr. 29. §. 2. fr. 65 §. 2. D. 12. 6. — const. 6. 7. 9. pr. C. 4. 5. — const. 9. 10. C. 6. 50. A. M.: Alb. Phil. Frick Diss. de indebitum solvente per ignorantiam iuris civilis ad indebiti condictionem admittendo. Helmstad. 1778. — Mühlenbruch im Arch. für civ. Pr. B. 2. Nr. 34. — Christiansen a. a. O S. 69 ff. — Renaud a. a. O. — S. aber v. Savigny Syst. B. 3 S. 447 ff. — Erxleben a. a. O. §. 5 und 6. — v. Vangerow §. 625. Anm. 1. Nr. II.

(*g*) fr. 18. D. 13. 1. — fr. 43. pr. §. 1. D. 47. 2. — fr. 38. §. 1. D. 46. 3. — ALTAMIRAN. in Meerm. thes. T. II. p. 419 seqq. — Glück B. 13. S. 74 ff. — A. M. ist zwar Francke Erläut. einz. Rechtsmaterien Th. 1. S. 95. Dagegen s. aber C. SELL de condict. quaest. duae. Darmst. 1834 p. 4 seqq. not. *e*. und besonders p. 98 seqq. — Unterholzner Schuldverh. B. 2. S. 38 ff. — v. Vangerow a. a. O. Nr. III.

(*h*) §. 7. J. 3. 27. (28.) — const. 4. C. 4. 5. — S. §. 196 Note *d*.

§. 468.

3. Condictio indebiti.

Die durch solutio indebiti begründete und auf Wiedererstattung des indebiti gerichtete Klage heißt condictio indebiti. Diese geht insbesondere: 1. in dem Falle, wo eine Sache indebite gegeben worden ist, darauf, daß der Empfänger die Sache selbst, oder deren Werth, oder bei vertretbaren Sachen eben so viel, als er empfing, nebst den Früchten und Accessionen der Sache (*a*), nicht aber auch mit Verzugszinsen (*b*), und überhaupt nur insoweit zurückgebe, als er zur Zeit der Zinsforderung noch reicher dadurch ist (*c*). Auch ist er berechtigt, die auf die Sachen verwandten Kosten ersetzt zu verlangen (*d*). 2. Ist eine Caution indebite übernommen oder erlassen, so geht die Klage auf Erlassung oder Wiederherstellung der Caution (*e*); ebenso 3. wenn ein Recht oder eine Schuld indebite aufgegeben oder erlassen worden ist, auf Wiederherstellung derselben (*f*); 4. wenn eine Schuld indebite übernommen ist, auf Vernichtung derselben und Zurückgabe der darüber ausgestellten Handschrift (*g*); endlich 5. wenn Arbeiten indebite geleistet worden sind, auf Vergütung derselben durch Geld (*h*).

(*a*) fr. 7. fr. 15. pr. D. 12. 6.

(*b*) const. 1 C. 4. 5. A. M. ist FR. G. ZOLLER Diss. utrum per condictionem indebiti repeti possint usurae. Lips. 1708. S. aber dagegen v. Langenn u. Kori pract. Erört. Th. 2. Nr. 9. — Röder Abh. Nr. 5.

(*c*) fr. 3. fr. 26. §. 12. fr. 32. pr. fr. 65. §. 7. 8. fr. 66. D. 12. 6. — fr. 8. §. 22. D. 2. 15. Dieser Punkt ist, wenigstens für den Fall, wenn fungible Sachen gegeben worden sind, sehr bestritten. Für die Beschränkung sind namentlich: v. Wächter im Arch. für civ. Pr. B. 15. S. 122 ff. — C. SELL l. c. p. 126 seqq. — v. Vangerow a. a. O. Anm. 3. — F. Mommsen Beiträge B. 1. S. 320 ff. — Arndts Pand. §. 341. Anm. 7. Dagegen aber: Heimbach die Lehre von der Frucht S. 131 ff. — Erxleben a. a. O. §. 12. — Brinz Pand. B. 1. S. 404 ff.

(*d*) fr. 65. §. 5. D. ibid.

(*e*) fr. 31. 39. D. ibid. — fr. 1. pr. D. 36. 4.

(*f*) fr. 22. §. 1. D. 12. 6.

(*g*) const. 3. C. 4. 5.

(*h*) fr. 26. §. 12. fr. 40. §. 2. D. ibid.

Zweiter Titel.

Obligationes quasi ex delicto.

§. 469.

Begriff derselben.

So wie die obligationes quasi ex contractu solche sind, welche Aehnlichkeit mit den Contracts-Obligationen haben, so sind obligationes quasi ex delicto solche, welche den Delicts-Obligationen darin gleich kommen, daß sie, wie diese, außer auf Schadenersatz, auch auf eine poena privata gehen. Es liegen dabei zwar immer unerlaubte Handlungen zum Grunde, aber diese sind

entweder keine wahren delicta im Sinne der Römer, oder sie würden doch nach allgemeinen Grundsätzen von der Zurechnung diejenige Obligation nicht hervorbringen, welche nach besonderer Vorschrift, und zwar nach Vorschrift des prätorischen Edictes, daraus entstehen soll (*a*).

(*a*) Inst. 4. 5. und THEOPHILUS ad h. tit. — DONELLI comm. iur. civ. Lib. 15. c. 42. — HÜBNER supra §. 457. cit. — Weber von der natürl. Verbindl. §. 10—20. — Bucher Recht der Ford. §. 152. 153.

§. 470.

1. Fälle, in denen Jemand für die unerlaubte Handlung eines Andern haften muß. A. Effusum et deiectum.

In einigen Fällen muß Jemand für den durch die widerrechtliche Handlung eines Andern bewirkten Schaden haften, wenn er selbst auch keinen Antheil daran hat, wobei ihm jedoch der Regreß gegen den Thäter unbenommen bleibt. Diese Fälle sind folgende: A. Wenn aus einem Zimmer etwas, ohne vorhergegangene Warnung, auf eine Straße hinaus, wo Menschen zu gehen pflegen (ubi vulgo iter fit), gegossen oder geworfen und dadurch Schaden verursacht wird, so kann ohne weitere Nachforschung nach dem Thäter, geradezu der Bewohner des Zimmers, er mag zur Miethe wohnen, oder das Zimmer mag ihm eigenthümlich gehören, mit der actio de effusis et deiectis in Anspruch genommen werden, welche bei den Römern auf doppelten Ersatz des Schadens ging (*a*). Mehrere Bewohner haften in solidum (*b*).

(*a*) Wurde ein freier Mensch getödtet, so konnte eine popularis annalis actio auf 50 aurei angestellt werden, und wurde ein freier Mensch beschädigt, so hatte er selbst eine perpetua und Jeder aus dem Volke eine annalis actio auf ein arbiträres Quantum. §. 1. 2. J. 4. 5. — fr. 1. pr. §. 4. fr. 5. §. 5. fr. 6. §. 2. D. 9. 3. — Fälle einer actio utilis in fr. 5. §. 3. fr. 6. §. 3. D. ibid — Glück Comm. Th. 10. §. 706. — Göschen Grundr. S. 318. Vorles. B. 2. Abth. 2. S. 684 ff. — Unterholzner Schuldverh. B. 2. S. 789 ff. — Koch Recht der Ford. B. 3. S. 1005.

(*b*) fr. 1. §. 10. fr. 2. 3. ibid. — Vergl. fr. 5. pr. ibid.

§. 471.

B. Damnum in navi vel caupona datum.

B. Wenn die Sachen eines Reisenden im Schiffe oder im Wirthshause von den Leuten des Schiffers oder des Gastwirths entwendet oder beschädigt worden sind, so kann der Eigenthümer derselben den Schiffer und Gastwirth selbst, welcher für seine Leute einstehen muß, nach Römischem Rechte auf doppelten Ersatz in Anspruch nehmen (*a*). Mehrere Schiffer und Gastwirthe, die zusammen dasselbe Geschäft betreiben, haften aber nur nach Verhältniß ihres Antheils an dem Schiffe oder der Wirthschaft (*b*).

(*a*) §. 3. J. 4. 5. — fr. 7. pr. §. 1. D. 4. 9. — fr. 5. §. 6. D. 44. 7. Diese actio quasi ex delicto, welche mixta war, ist nicht zu verwechseln mit der actio de recepto, von welcher oben (§. 439) die Rede gewesen ist. S. die dort angeführte Literatur.

(*b*) fr. 7. §. 5. D. 4. 9. — v. Buchholtz jur. Abh. S. 387.

§. 472.

II. Fall, in welchem Jemand durch seine eigene Handlung quasi ex delicto verpflichtet wird. Iudex, qui litem suam facit.

In einem andern Falle wird Jemand zwar durch seine eigene widerrechtliche Handlung, aber doch nur quasi ex delicto verpflichtet, weil jene

Handlung bei den Römern nicht zu den delicta gezählt wurde. Wenn nämlich ein iudex absichtlich oder aus Unvorsichtigkeit ein ungerechtes Urtheil fällt, so heißt es von ihm: litem suam facit, und er kann auf den Antrag der dadurch verletzten Partei, wenn gegen das Urtheil kein Rechtsmittel mehr zulässig ist, zum Schadensersatz und zu einer willkürlichen Strafe verurtheilt werden (*a*). Die deshalb gegen ihn stattfindende Klage nennt man jetzt actio syndicatus (*b*).

(*a*) Gajus IV. §. 52. — pr. J. 4. 5. — fr. 6. D. 50. 13. — fr. 15. 16. D. 5. 1. — Cod. 7. 49. — Weber von der natürl. Verb. §. 12. — Löhr Theorie der Culpa S. 195. — Joh. Christ. Friedr. Meister in der Wiener Lit.=Zeit. v. J. 1815. März. Int.=Bl. S. 76. — Göschen Grundr. S. 305. Vorles. a. a. O. S. 635 ff. — Gottfried Weber in Linde's Zeitschr. B. 7. Nr. 1. — Unterholzner Schuldverh. B. 2. S. 739 ff. — Koch Recht der Ford. B. 3. S. 1002.

(*b*) Nach der R.=C.=G.=Ordn. von 1555. Th. 3. Tit. 55. §. 5. 6. 10. und dem Conc. der R.=C.=G.=O. Th. 3. Tit. 63. §. 13. 14. 18. soll die Klage nur wegen Betrug und Arglist des Richters stattfinden. S. darüber: von der Nahmer Entsch. des O.=A.=G. zu Wiesbaden B. 2. Nr. 6. 7. 8. — Linde Lehrb. des Proc. §. 181.

§. 473.

III. Anhang. Positum aut suspensum.

Wenn aus einem Hause nach einer gangbaren Straße zu Etwas ausgesetzt oder aufgehängt worden ist, durch dessen Herabfallen Schaden verursacht werden könnte, so kann Jeder, welcher dieß bemerkt, mit der prätorischen actio de positis et suspensis gegen den Eigenthümer oder Bewohner, der es wissentlich liegen oder hängen läßt (qui positum vel suspensum habet), auf eine Privatstrafe von zehn aureis klagen (*a*). Diese Klage wird zwar in den Quellen des Römischen Rechts mit der actio de effusis vel deiectis in Verbindung gebracht, allein aus einer *obligatio* quasi ex delicto kann sie schon deswegen nicht entspringen, weil sie immer eine Popularklage ist (*b*).

(*a*) §. 1. J. 4. 5. — fr. 5. §. 6. 9—13. D. 9. 3. Glück Comm. Th. 10. §. 699. Ueber fr. 5. §. 12. cit. s. auch: Schulting et Smallenburg T. II. pag. 436 seqq. — Schmidt (v. Ilmenau) civ. Abh. S. 33 ff. Note 30. Bei uns findet diese Klage gar nicht statt, sondern es treten in einem solchen Falle gewöhnliche Polizeimaßregeln ein.

(*b*) S. auch v. Löhr Theorie der Culpa S. 200.

Dritter Titel.

Verschiedene andere Obligationen.

§. 474.

Die Obligationen, die nicht aus Contracten und nicht aus Delicten, sondern proprio quodam iure entstehen, beruhen auf sehr verschiedenen Entstehungsarten, was schon Gajus durch den Zusatz: ex variis causarum figuris, heraushebt (§. 352, Note a). In den zwei bisherigen Titeln des gegenwärtigen Capitels sind zwei Gattungen derselben, die Quasicontracte und die Quasidelicte, abgehandelt worden, eine dritte Gattung, die pacta, wurde schon in dem vorigen Capitel mitgenommen. Von den übrigen sollen in dem gegenwärtigen Titel nur die wichtigsten nachgetragen werden. Von den hier abzuhandelnden Obligationen gehören einige dem Civilrechte an und haben theils besondere Aehnlichkeit mit Obligationen aus Quasicontracten (§. 475) und

Quasidelicten (§. 476), theils erzeugen sie eine Klage, die hauptsächlich zur Vorbereitung anderer Klagen dient (§. 477); die übrigen sind prätorischen Ursprungs und beruhen zum großen Theile auf Modificationen der civilrechtlichen Grundsätze über die Person des Contracts- und Quasicontracts-Schuldners (§. 478—481), zum Theile gehen sie zunächst auf Abschließung eines Verbalcontractes (§. 482).

§. 475.

I. Condictiones sine causa.

Die oben in der Lehre von den Quasicontracten (§. 466—468) abgehandelte condictio indebiti ist nur eine von denjenigen Condictionen, welche zuläſſig sind, weil eine Vermögensveränderung ohne hinreichenden rechtlichen Grund stattgefunden hat (*a*). Dahin gehört nämlich außer ihr noch: 1. die condictio ob causam datorum oder condictio causa data causa non secuta, welche angestellt werden kann, wenn man Etwas eines künftigen Erfolges wegen hingegeben hat, welcher nicht eintritt (*b*); 2. die condictio ob turpem causam, welche voraussetzt, daß Jemand Etwas aus einem für ihn allein und nicht auch für den Geber schädlichen Grunde angenommen hat (*c*); 3. die condictio ob iniustam causam, welche voraussetzt, daß Jemand sich Etwas durch eine widerrechtliche Handlung verschafft hat (*d*); 4. die condictio sine causa im engeren Sinne, welche zuläſſig ist, wenn entweder Etwas von Anfang an ohne rechtlichen Grund in das Vermögen des Beklagten übertragen worden ist, oder aus einem rechtlichen Grunde, der in der Folge hinwegfiel (*e*).

(*a*) v. Savigny System B. 5. Beil. VIII. 5 ff. Auf einen Theil dieser Condictionen bezieht sich: B. Windscheid die Lehre des Röm. Rechts von der Voraussetzung. Düsseld. 1850. S. auch Bähr die Anerkennung §. 9 ff. §. 17 ff. Stellen, welche dieselben im Allgemeinen betreffen, sind namentlich: fr. 1. §. 3. D. 12. 7. — fr. 52. D. 12. 6. — fr. 1. D. 12. 5.

(*b*) Dig. 12. 4. — Cod. 4. 6. — Glück Comm. B. 13. S. 9 ff. — C. G. Waechter de condict. c. d. c. n. s. in contract. innom. Tub. 1822. — Unterholzner Schuldverh. B. 2. S. 40 ff. — Koch Recht der Ford. B. 3. S. 337 ff. — Erxleben die condictiones sine causa. 2. Abth. die Rückforderung erfolgloser Leistungen oder die obligatio ob rem dati re non secuta. Gött. 1853. — Nur ein wichtiger Fall dieser condictio kommt im §. 410 vor.

(*c*) Dig. 12. 5. — Cod. 4. 7. — Donelli comm. iur. civ. Lib. 14. cap. 25. — Glück Comm. Th. 13. §. 825. — Roßhirt Zeitschr. B. 1. H. 2. S. 137. — Göschen Grundr. S. 307. Vorles. §. 629. — Unterholzner Schuldverh. B. 2. S. 22 ff. — Koch Recht der Ford. B. 3. S. 340 ff.

(*d*) fr. 6. 7. D. 12. 5. — fr. 13. §. 1. D. 16. 3. — fr. 25. §. 1. D. 47. 2. — const. 3. C. 4. 9. — Glück B. 13. S. 50 ff. — v. Savigny Syst. B. 5. S. 518 ff. — v. Wächter Erört. H. 1. S. 94 ff. — v. Vangerow §. 627. — Eine Art der condictio ob iniustam causam ist die condictio ex causa furtiva (§. 445.).

(*e*) Dig. 12. 7. — Cod. 4. 9. — Glück Comm. Th. 13. §. 836. — Weber von der nat. Verb. §. 75—77. — Thibaut civ. Abh. Nr. 14. — Gensler im Arch. für civ. Pr. B. 2. Nr. 27. — Unterholzner Schuldverh. B. 2 S. 25 ff. — Koch Recht der Ford. B. 3. S. 345 ff. — Reinhard im Arch. für civ. Pr. B. 29. S. 233 ff. — v. Vangerow §. 628. — Hierher gehören auch einige Fälle, die man zuweilen mit Unrecht zu den Fällen der condictio indebiti zählt, nämlich wenn Jemand ein verbotenes Rechtsgeschäft wiſſentlich oder aus einem nicht entschuldbaren Irrthum erfüllt hat, fr. 23. §. 2. D. 12. 6. — const. 9. C. 4. 29. — const. 3. C. 3. 43. — const. 36. §. 2 C. 8. 54, ferner wenn eine Person, die keine Zahlung giltig leisten kann, z. B. ein Pupill, gezahlt hat, fr. 29. D. 12. 6.

§. 476.

II. Actio de pauperie (*a*).

Hat ein Thier einen Schaden angerichtet, so ist der Eigenthümer desselben ihn zu ersetzen verpflichtet, jedoch 1. wenn das Thier ein wildes Thier ist, nur dann, wenn dem Eigenthümer dabei eine culpa zur Last fällt (*b*); 2. wenn es ein zahmes Thier ist, in der Regel nur dann, wenn es ungereizt und contra naturam sui generis schadete. Ein Schaden dieser Art heißt pauperies und die dieserhalb gegen den Eigenthümer des Thieres auf Entschädigung stattfindende Klage actio de pauperie (*c*). Diese ist directa, wenn das Thier ein vierfüßiges, utilis, wenn es ein anderes Thier ist (*d*), und findet nach der Regel: noxa caput sequitur, gegen jeden Eigenthümer des Thieres statt, der es ist zur Zeit der angestellten Klage, nicht gegen den, der es war zu der Zeit, als das Thier schadete (*e*). In jedem Falle steht es aber dem Eigenthümer des Thieres frei, ob er den durch dasselbe angerichteten Schaden ersetzen, oder das Thier selbst dem Beschädigten überlassen (noxae dare) will (*f*). Doch verliert er diese Wahl, wenn er wissentlich wahrheitswidrig leugnet, daß das Thier ihm zugehöre, in welchem Falle er unbedingt den Schaden ersetzen muß (*g*). Dagegen erlischt seine Verbindlichkeit, den Schaden zu ersetzen, schlechthin, wenn das Thier stirbt, ehe er auf Schadensersatz in Anspruch genommen ist (*h*).

(*a*) Inst. 4. 9. — Dig. 9. 1. — Glück Comm. Th. 10. S. 269 ff. — Zimmern Syst. der Noxalklagen S. 79. — Gesterding in Linde's Zeitschr. B. 4. S. 261 ff. und neu abgedruckt in Dessen Nachforsch. B. 6. Abth. 2. S. 135 ff. — Hepp die Zurechnung auf dem Gebiete des Civilrechts S. 90 ff. — Unterholzner Schuldverh. B. 2. S. 709 ff. — Koch Recht d. Ford. B. 3. S. 791 ff. — v. Vangerow §. 689. — Bachofen Pfandr. B. 1. S. 396 ff. — Müller die Lehre des R. R. von der Eviction. B. 1. S. 255 ff.

(*b*) fr. 1. §. 10. D. 9. 1. — pr. J. 4. 9.

(*c*) fr. 1. pr. §. 2. 3. 12. 17. ibid. Vgl. fr. 52. §. 2. D. 9. 2. — Thibaut Vers. B. 2. Nr. 8. — Puchta von den Klagen §. 150. 151.

(*d*) fr. 4. D. 9. 1. Die directa gründet sich auf die XII Tafeln. Diese gestatten auch eine actio de pastu pecoris. Die einzige Stelle darüber im corpus juris ist fr. 14. §. 3. D. 19. 5. Vergl. PAUL. I. 15. §. 1. und const. ult. C. 3. 35. Die Ansichten darüber sind verschieden. Vergl. Glück S. 275 ff. — Thibaut Vers. B. 2. Nr. 8. — Zimmern S. 105 ff. — Gesterding §. 6. — Unterholzner S. 712. — Koch S. 974. — Seuffert Pand. §. 430 Note 3. — Sintenis Civilr. §. 127 Note 29. — Arndts Pand. §. 327. Anm. 2.

(*e*) fr. 1. §. 12. D. 9. 1.

(*f*) fr. 1. pr. §. 14. D. 9. 1.

(*g*) fr. 1. §. 15. ibid.

(*h*) fr. 1. §. 13. ibid.

§. 477.

III. Actio ad exhibendum (*a*).

Wenn Jemand 1. eine bewegliche Sache inne hat, die ein Anderer vor Anstellung einer Klage anzusehen ein rechtliches Interesse hat, um sich nämlich zu überzeugen, ob die Sache diejenige wirklich ist, welche er zu vindiciren (*b*) oder auf welche er einen sonstigen Anspruch zu erheben gedenkt (*c*), oder um ein ihm zustehendes Wahlrecht zweckmäßig ausüben zu können (*d*), so kann dieser, wenn er sein Interesse nur gehörig bescheinigt (*e*), mit der actio ad exhibendum darauf antragen, daß ihm die Sache zur Ansicht vorgelegt oder

vorgestellt werde (*f*). Die Kosten der Vorlegung oder Vorstellung muß derjenige tragen, der sie verlangt (*g*). Dieselbe Klage findet 2. auch statt, wenn die Sache des Einen mit der Sache des Andern so verbunden ist, daß eine Trennung derselben ohne Schaden der einen oder der andern vorgenommen werden kann (§. 248), indem hier der Besitzer beider Sachen auf Verlangen des Andern verbunden ist, die Trennung vorzunehmen, damit jeder alsdann seine Sache erhalte (*h*). Befindet sich 3. auf dem Grund und Boden, welchen der Eine inne hat, ohne seine Schuld und ohne daß er einen Anspruch darauf macht, eine bewegliche Sache eines Andern, so kann dieser mit der actio ad exhibendum begehren, daß jener ihn zu der Sache lasse, um sie hinwegnehmen zu können (*i*). Nur muß hier der Kläger vorher de damno infecto und de damno praeterito caviren (*k*). In diesem dritten Falle dient denn die actio ad exhibendum nie zur Vorbereitung einer andern Klage. In allen drei Fällen hat sie die Eigenschaft einer arbitraria actio (*l*). Wenn nun die Exhibition, auf welche sie zunächst geht, durch den dolus des Beklagten unmöglich geworden ist (*m*), oder der auf dieselbe gehende richterliche Befehl nicht befolgt wird (*n*), so kommt es zu einer Verurtheilung auf das Interesse in Geld (*o*), und dadurch wird da, wo die Klage eigentlich zur Vorbereitung einer andern Klage dienen sollte, diese überflüssig und unzulässig, indem dem Kläger schon nach dem Urtheile über die erste Klage Alles ersetzt werden muß, was er durch die zweite hätte erreichen können (*p*).

(*a*) Dig. 10. 4. — Cod. 3. 42. — §. 3. J. 4. 17. — Donelli comment. iur. civ. Lib. 20. c. 9. Lib. 23. c. 6—8. — Glück Comm. Th. 11. §. 741. — Car. Einert tractat. de actione ad exhibendum. Lips. 1816. (Auch deutsch in Barth's Dissert.-Samml. B. 3. S. 1 ff.) — Unterholzner B. 2. S. 111 ff. — Koch Recht der Ford. S. 118 ff — v. Vangerow §. 707.

(*b*) fr. 1. fr. 3. §. 14. fr. 6. D. 10. 4.

(*c*) fr. 3. §. 3. 4. 5. 11. 12. fr. 12. §. 2. ibid. Auch der Fall gehört hieher, wenn man vor Anstellung einer Noxalklage einen Sclaven (oder ein Thier) sehen möchte, um zu wissen, ob es derselbe ist, welcher den Schaden angerichtet hat. fr. 3. §. 7. ibid.

(*d*) fr. 3. §. 6. 10. fr. 12. §. 2. ibid. — fr. 8. §. 3. D. 33. 5.

(*e*) fr. 3. §. 9. 13. D. 10. 4.

(*f*) fr. 2. fr. 3. §. 7. ibid.

(*g*) fr. 11. §. 2. ibid.

(*h*) fr. 23. §. 5. D. 6. 1. — fr. 6. fr. 7. §. 1. 2. D. 10. 4.

(*i*) fr. 5. §. 2—5. fr. 9. §. 1. fr. 15. ibid. — fr. 25. D. 19. 1. — fr. 16. D. 19. 5.

(*k*) fr. 5. §. 4. D. 10. 4. S. auch: fr. 5. §. 3. ibid. — fr. 7. §. 2. D. 39. 2.

(*l*) §. 31. J. 4. 6.

(*m*) fr. 5. §. 2. fr. 8. fr. 9. pr. §. 1—4. fr. 14. fr. 15. D. 10. 4. — const. 5. C. 3. 42.

(*n*) fr. 3. §. 2. fr. 5. §. 2. fr. 7. §. 4. 6. ibid. — const. 3. C. 3. 42.

(*o*) Und zwar nach der Schätzung des Klägers auf das iuramentum in litem. fr. 3. §. 2. fr. 5. §. 2. ibid. Vergl. §. 344 b.

(*p*) fr. 9. §. 7. 8. fr. 10. fr. 11. pr. ibid. Einen andern Zweck, als bisher angegeben wurde, hat offenbar auch die actio ad exhibendum nicht, welche in fr. 7. §. 1. D. 13. 1. und in fr. 1. §. 6. D. 43. 16. erwähnt wird.

§. 478.

IV. S. g. actiones adiectitiae qualitatis*). A. Exercitoria actio**).

Der exercitor navis, d. h. derjenige, welcher ein Schiff ausrüstet, um damit Handel und Schifffahrt zu treiben (der Schiffsherr, Schiffspatron, Rheder) (*a*), wird durch die auf Schiffsangelegenheiten sich beziehenden Verträge des magister navis, d. h. desjenigen, dem er die Führung

und Leitung des Schiffes, sowie die ganze Sorge für dasselbe anvertraut hat (Schiffscapitaine), und dessen Substituten (*b*), insofern dabei die lex praepositionis, d. h. der Auftrag oder die Instruction, welche Letzterer vom Erstern erhalten hat (Schiffsordre), nicht überschritten worden ist, verpflichtet, und kann aus denselben mit der prätorischen exercitoria actio ebenso belangt werden, als ob er sie selbst abgeschlossen hätte (*c*). Mehrere Exercitoren haften, ohne Vorbehalt der Einrede der Theilung, in solidum (*d*), mehrere Erben eines Exercitors aber nur pro rata (*e*). Der die Verträge abschließende magister navis ist jedoch der eigentliche Schuldner, und der Gläubiger hat die Wahl, ob er sich mit der gewöhnlichen Klage an ihn (*ee*), oder mit der exercitorio actio an den Exercitor halten will (*f*).

(*) Buchka von der Stellvertretung §. 3—5. — v. Savigny Obl.-Recht. B. 2. §. 54.

(**) Gajus IV. §. 71. — §. 2. J. 4. 7. — Dig. 14. 1. — Cod. 4. 25. — P. Peckii comm. in titt. Dig. et Cod. ad rem nauticam pertinentes, cum not. A. Vinnii. Amstelod. 1668. pag. 69—187. — Alb. Phil. Frick Diss. de actione exercitoria. Helmst. 1793. — W. J. G. van Hasselt Diss. de actione exercitoria. L. B. 1820. — Glück Comm. Th. 14. §. 876. — Gesterding über die Contracte mit dem Schiffer; in Dessen alten und neuen Irrthümern der Rechtsgel. S. 115. — Ueber die Abweichungen des heutigen Seerechts vom Röm. Rechte in dieser Lehre s. man besonders: Heise u. Cropp Abhandl. B. 1. Nr. 23.

(*a*) Ob dem exercitor das Schiff eigenthümlich gehört, oder ob er es gemiethet hat, ist einerlei. fr. 1. §. 15. D. 14. 1.

(*b*) fr. 1. §. 1. 5. D. ibid. Selbst wenn es ihm verboten ist, darf der magister navis sich Jemanden substituiren. fr. 1. §. 5. cit. in fin.

(*c*) fr. 1. §. 7. 12. D. ibid. — §. 2. J. 4. 7. — Chr. Aug. Michaelis Diss. de lege praepositionis. Lips. 1804. — J. P. Tannoy an et quousque exercitores navium ex magistrorum factis obligentur? L. B. 1802. — J. van Hall Diss. de magistro navis. Traj. ad Rh. 1822. — Gensler im Arch. für civ. Pr. B. 1. Nr. 26.

(*d*) fr. 1. §. 25. ibid.

(*e*) fr. 14. D. 14. 3

(*ee*) Ist er ein Sclave, so wird er allerdings nur naturaliter obligirt.

(*f*) fr. 1. §. 17. fr. 5. §. 1. D. 14. 1. Gewöhnlich behauptet man, die Klage gegen den magister falle in der Regel hinweg, oder es stehe ihm wenigstens eine exceptio dagegen zu, wenn er sein Amt niedergelegt habe. Man beruft sich namentlich auf: fr. 67. D. 3. 3. — fr. 20. D. 14. 3. — fr. 43. §. 1. D. 26. 7. -- const. 15. C. 5. 37. — fr. 4. pr. D. 42. 1. Dagegen: Fritz Erläut. B. 2. H. 1. S. 240. — Ruhstrat im Arch. für Oldenb. Rechtsprax. B. 1. Nr. 2. S. 42 ff. und im Arch. f. civ. Pr. B. 33. S. 340 ff. — Buchka über Stellvertretung S. 44 ff.— Thöl Handelsr. 3. Aufl. B. 1. S. 105 ff. — v. Vangerow §. 661. Anm. Heutzutage gilt jedoch nur der Principal als Schuldner, wenn das Rechtsgeschäft in seinem Namen abgeschlossen worden ist. Vgl. oben §. 178 Note *bb* und §. 393 Note *f—h*.

§. 479.

B. Institoria actio.

Im Ganzen dieselben Grundsätze treten ein, wenn der Herr einer Handlung oder eines sonstigen Gewerbes (dominus negotiationis) Jemanden zu seinem Factor (institor) ernannt und ihm entweder die ganze Leitung des Geschäfts oder einzelne Zweige desselben anvertraut hat, indem er alsdann aus den Verträgen, welche der Institor mit einem Dritten abgeschlossen hat, von diesem nach prätorischem Rechte mit der institoria actio belangt werden kann (*a*). Dieß gilt indeß nur von solchen Geschäften, die dem Institor wirklich anvertraut waren, und dann wird vorausgesetzt, daß derselbe secundum legem praepositionis gehandelt habe (*b*). Auch darf sich

der Institor keinen Substituten ernennen, wenn ihm dieß ausdrücklich verboten ist (*c*).

(*a*) Gajus IV. §. 71. — Paulus II. 8. — §. 2. J. 4. 7. — Dig. 14. 3. — Cod. 4. 25. — Carl Aug. Tittmann von der Statthaftigkeit der institorischen Klage bei Uebertretung der Gewerbvorschrift. Dresd. 1805. — Glück Comm. Th. 14. §. 891. — Carl Aug. Weiske skeptisch-prakt. Behandlung einiger civilr. Gegenstände. Leipz. 1829. S. 41. — Kritz Pandektenr. Th. 1. B. 1. S. 288 ff. — Unterholzner Schuldverh. B. 1. S. 413 ff. — Koch Recht der Ford. B. 2. S 507 ff. — Thöl Handelsr. B. 1. §. 20 ff.

(*b*) fr. 5. §. 11—15. D. 14. 3.

(*c*) fr. 1. §. 5. D. 14. 1.

§. 480.

C. Quasi institoria actio.

Nach Analogie der institoria actio (ad exemplum (*a*), exemplo (*b*), ad instar (*c*) institoriae actionis) kam eine dritte Klage auf, die quasi institoria (*d*) oder utilis institoria (*e*) actio. Diese steht da, wo Jemand, ohne zum institor oder magister navis ernannt zu sein, aber doch im Auftrag eines Andern, eine Schuld contrahirt, dem Gläubiger gegen den Mandanten des eigentlichen Schuldners zu (*f*).

(*a*) fr. 19. D. 14. 3. — fr. 13. §. 25. D. 19. 1. — const. 5. C. 4. 25.

(*b*) fr. 16. D. 14. 3.

(*c*) const. 6. C. 4. 25.

(*d*) fr. 10. §. 5. D. 17. 1.

(*e*) fr. 19. cit. — fr. 10. §. 5. cit. — fr. 13. §. 25. cit.

(*f*) Heut zu Tage gilt auch hier, wie in dem Falle des §. 479, das, was oben §. 478 Note *f* am E. für den Fall der Röm. exercitoria actio herausgehoben wird.

§. 481.

D. Verpflichtung des parens durch den filiusfamilias und des Herrn durch den Sclaven.

Die Regel des Römischen Rechts ist: der Herr oder Vater kann zwar durch die Verträge des in seiner Gewalt stehenden Sclaven oder Sohnes erwerben, aber er wird nicht dadurch verpflichtet (*). Dieß Letztere leidet aber nach dem prätorischen Rechte aus besondern Gründen auch Ausnahmen. Dahin gehört: A. Wenn der Sohn auf Befehl des Vaters (**) mit einem Dritten contrahirte, so kann der Vater von diesem mit der actio quod iussu auf Bezahlung der ganzen vom Sohne contrahirten Schuld belangt werden (*a*). B. Wenn er dem Sohne ein peculium gab, so wird er durch die von dem Sohne auch ohne sein Wissen abgeschlossenen Verträge insoweit verpflichtet, als das Peculium reicht, und kann darauf mit der actio de peculio in Anspruch genommen werden, seine eigenen Forderungen aber vorher abziehen (*b*). C. Wenn der Vater dem Sohne erlaubt hat, mit den zum peculio profectitio gehörigen Waaren Handel zu treiben, so wird er ebenfalls durch die Verträge des Sohnes verpflichtet und kann von den Gläubigern desselben mit der actio tributoria auf verhältnißmäßige Vertheilung der vorhandenen Waaren zu ihrer Befriedigung in Anspruch genommen werden, ohne hier das Recht zu haben, seinen Forderungen einen Vorzug zu geben (*c*). D. Wenn der Gegenstand des Ver-

trags, den der Sohn mit einem Dritten schloß, in den Nutzen des Vaters verwendet worden ist (in rem patris versum), so muß der Vater die Schulden, welche der Sohn durch den Vertrag mit dem Dritten contrahirte, bezahlen, jedoch nur insoweit, als sein Nutzen wirklich dadurch befördert worden ist, und die deßhalb gegen ihn stattfindende Klage heißt actio de in rem verso (*d*). Diese pflegt man jetzt zwar utiliter in allen Fällen zu gestatten, wo der Gegenstand eines Vertrages ganz oder theilweise in den Nutzen eines Dritten verwendet worden ist, wenn auch der Verwender sich nicht in der Gewalt desselben befand (*e*). Allein nach Römischem Rechte läßt sich dieß nur für den Fall rechtfertigen, wenn der Mitcontrahent des Klägers als negotiorum gestor jenes Dritten handelte (*f*), und ein einem Dritten etwa zu Theil gewordener Vortheil, der eine blos zufällige Folge des Vertrages zweier andern Personen ist, reicht zur Begründung jener Klage nicht hin (*g*). — Alle in den §§. 478—481 genannten Klagen (*gg*) nennt man jetzt actiones adiectitiae qualitatis und jede derselben erhält erst durch die Nennung der Klage aus dem eingegangenen Geschäft selbst ihre bestimmte Bedeutung (*h*) (*i*).

(*) pr. §. 1. J. 2. 9. — pr. J. 3. 28. (29.) — fr. 39. D. 44. 7. — fr. 5. pr. D. 14. 5. — Cod. 4. 26. — Zimmern RG. B. 1. § 191. 192.

(**) Alles, was in dem Folgenden von dem Vater gesagt wird, gilt auch von dem Herrn. pr. J. 4. 7. Nicht aber galt es von dem Inhaber der manus oder des mancipii, so lange diese Arten der Gewalt vorkamen. Wie es hier gehalten wurde, darüber s. Gaj. IV. §. 80 und vergl. Gaj. III. §. 84.

(*a*) Gajus IV. §. 70. — pr. §. 1. J. 4. 7. — Dig. 15. 4. und 14. 5. — const. 13. C. 4. 26. — Cod. Theod. 2. 31. — Glück Comm. Th. 14. §. 919. — Fritz im Arch. für civ. Pr. B. 11. S. 23. — Thibaut im Arch. für civ. Pr. B. 12. S. 174. — Göschen Grundr. S. 357. Vorles. B. 3. §. 735. — Müller civ. Abh. Nr. 144. — R. Schmid im Arch. für civ. Pr. B. 29. S. 111 ff. — E. Chambon Beitr. zum Obligationenr. B. 1. S. 177 ff. Ueber das heutige Recht s. oben §. 478 Note *f* am Ende.

(*b*) Gajus IV. §. 73. — Cod. Gregor. 3. 6. — Cod. Theod. 2. 32. — §. 4. J. 4. 7. — §. 36. J. 4. 6. — Dig. 15. 1. — const. 1. 2. C. 4. 26. Wegen der unerlaubten Handlungen des Sohnes haftet er nur, insoweit er reicher geworden ist. fr. 58. D. 50. 17. — fr. 3. §. 12. D. 15. 1. — S. überh. Donelli comm. iur. civ. Lib. 15. c. 50. — Glück Comm. Th. 14. § 912. 913. — F. L. Keller Comm. ad L. 32. D. de peculio. Gött. 1823. Derselbe über Litiscontestation u. Urtheil. Zürich 1827. S. 420. — Göschen S. 358. Vorles. §. 736. — Dietzel in Bekker's u. Muther's Jahrb. B. 2. Nr. 1. u. 12. B. 3. Nr. 3. — v. Keller ebendas. B. 3. Nr. 6. („Einige Einwände gegen B. 2 Nr. 1. u. 12.")

(c) Gajus IV. §. 72. — §. 3. J. 4. 7. — Dig. 14. 4. — fr. 11. §. 7. D. 14. 3. — fr. 5. §. 15. 16. D. 14. 4. — Glück Comm. Th. 14. §. 894. — Göschen S. 359. Vorles. §. 737.

(*d*) Gajus IV. §. 73. 74. — §. 4. J. 4. 7. — Dig. 15. 3. — const. 3. C. 4. 26. — Paulus II. 9. — Glück Comm. Th. 14. §. 914. — Göschen S. 361. Vorles. §. 738.

(*e*) Noodt in Comment. ad. tit. Dig. 15. 3. — Leyser med. ad Pand. spec. 169. — Kind quaest. for. Ed. I. T. 1. cap. 35. Ed. II. T. 3. c. 21.

(*f*) §. 4. J. 4. 7. — const. 7. §. 1. C. 4. 26. — G. L. Böhmer's Rechtsfälle B. 1. Resp. 21. — Nr. 5—11. — Besonders: Ge. Car. Seuffert Diss. de eo quod iustum est circa de in rem verso actionem. Wirceb. 1822. — Joh. Ad. Seuffert Beitr. zur Gesetzgebung. Würzb. 1823. S. 119 ff. und dessen Pandektenrecht B. 2. §. 346. — Wening-Ingenheim Civilrecht §. 221. — W. Sell Vers. B. 1. Nr. 1. §. 18 ff. — Kämmerer in Linde's und Marezoll's Zeitschr. B. 8. S. 350 ff. — Fritz Erläut. B. 2. H. 1. S. 248 ff. — Sintenis Civilr. §. 102. Note 86. — Chambon die negotior. gestio S. 193 ff. — Ihering in s. Jahrb. B. 1. S. 339 ff. — H. Witte die Bereicherungsklagen §. 33. u. 34. Nicht von der a. de in rem verso, sondern von der a. neg. gestor. contr. als actio utilis wollen die const. 7. §. 1. cit. verstehen: v. Savigny Obl.-Recht B. 2. S. 31. u. Arndts Pand. §. 248. Anm. 3. Und von einer condictio: v. Keller Pandecten §. 236.

(*g*) fr. 49. D. 12. 6. — const. 8. C. 4. 34. — const. 15. C. 4. 2. — const. 13. C. 4. 10. — Nettelbladt Rechtspr. des O.=A.=G. zu Parchim. B. 1. Nr. 9. — Fritz Rechtsfälle B. 1. S. 129. — v. Keller a. a. O.

(*gg*) Nur über die tributoria actio ist man nicht einig.

(*h*) fr. 5. §. 1. D 14. 1. Z. B. institoria venditi actio. fr. 5. §. 12. D. 14. 3. — (Hübner) Berichtigungen und Zusätze zu den Instit. des Röm. Rechts S. 84. — Ueber die ehemaligen formulae dieser Klagen s.: Keller über Litiscont. und Urtheil §. 49—51. — Fritz Erläut. B. 2. H. 1. S. 236—238. S. 245. 246. — S. auch die in der Note *b* citirten Aufsätze von Dietzel und v. Keller in Bekker's Jahrb.

(*i*) Ueber die Civilklage, die nach §. 8. J. 4. 7. anstatt einer actio adj. qual. gegen denselben Beklagten zuläßig ist, vergl. SCHRADER ad loc. cit. und Savigny Obl.=Recht B. 2. S. 34. Dem Letzteren stimmen bei: Chambon Beitr. B. 1. S. 121 und v. Helmolt über die Correalobligationen S. 96. Vergl. auch Dietzel a. a. O. B. 3. S. 83 ff.

§. 482.

V. Verpflichtung zur cautio de damno infecto (*a*).

Zu den Fällen, in welchen nach prätorischem Recht die Abschließung einer Stipulation verlangt werden kann (*b*), gehört auch der, wenn der Eigenthümer einer unbeweglichen Sache, oder wer sonst wegen eines dinglichen Rechtes oder eines Obligationsverhältnisses dabei interessirt ist (*c*), von dem bereits bestehenden Zustande (*d*) einer benachbarten unbeweglichen Sache oder eines Theiles derselben, z. B. von einem baufälligen Gebäude, Schaden zu befürchten hat, zu dessen Ersatz ihm ohne ein noch abzulegendes Versprechen Niemand verpflichtet sein würde (*e*). Für den Ersatz dieses damni infecti kann er von dem Eigenthümer (*f*) oder Besitzer (*g*) der Schaden drohenden Anlage, oder von Demjenigen, der ein dingliches Recht daran geltend machen will (*h*), Caution (*i*) verlangen (*ii*), und wird ihm dieselbe von Niemanden freiwillig gemacht, so kann er ein Verfahren einleiten, welches bei fortgesetzter Weigerung zu dem Resultat führt, daß das Eigenthum an dem Schaden drohenden Gegenstande ihm zufällt, und diejenigen, die dieses durch ihren Ungehorsam verschuldet haben, ihr Recht an der Sache verlieren (*k*). Zuerst kann er nämlich eine s. g. missio ex primo decreto begehren (*l*). Dadurch erlangt er die custodia und ein prätorisches Pfandrecht (§. 179). Wird nun aber immer noch keine Caution gestellt, so erfolgt nach einiger Zeit das possidere iubere (*m*), die s. g. missio ex secundo decreto, welche die angegebene Wirkung hat (*n*). Wird der Vollzug der ersten oder zweiten Einweisung widerrechtlich verhindert, so kann man den eintretenden Schaden mit einer in factum actio ebenso ersetzt verlangen, wie man es mit der actio ex stipulatu könnte, wenn der Hindernde durch nuda repromissio cavirt hätte (*o*).

(*a*) Dig. 39. 2. — WESTPHAL de libertate et servitutib. praedior. pag. 156 seqq. — CAR. AUG. WEISKE de damno infecto ex soli vitio, in eiusd. quaest. iur. civ. Zwiccav. 1831. p. 1. — C. A. HESSE Comm. de caut. damni inf. ex iur. rom. Jenae 1837. — Derselbe: die caut. d. i. nach Röm. Principien und in ihrer heutigen Anwendung und Anwendbarkeit dargestellt. 2te nach dem lat. Orig. übersetzte und vermehrte Aufl. Leipz. 1841. — Unterholzner Schuldverh. B. 2. S. 714 ff. — Schilling Lehrb. B. 3. S. 83 ff. — v. Vangerow §. 678. — J. J. Bachofen Pfandr. B. 1. S. 110—125. 368. 396. — Groh über die Caution wegen zukünftigen Schadens. München 1854.

(*b*) Solche stipulationes hießen praetoriae oder iudiciales oder communes, je nachdem sie von der Obrigkeit als solcher, oder von dem iudex als solchem, oder zuweilen von jener, zuweilen von diesem aufgelegt wurden, im Gegensatz von conventionales, d. h. von freiwillig abgeschlossenen. Tit. Inst. (de divisione stipulationum) 3. 19. (20.). Die praetoriae zerfielen weiter in drei Unterarten. Sie hießen nämlich

iudiciales, wenn sie nur zur Einleitung eines Processes dienten, cautionales, wenn sie den Zweck hatten, neue obligationes und actiones zu erzeugen, und communes, wenn sie beide Bestimmungen zugleich hatten. Dig. 46. 5. Die stipulatio de damno infecto gehört zu den praetoriae, und zwar zu den cautionales.

(*c*) fr. 18. pr. D. 39. 2. — fr. 5. §. 2. fr. 13. §. 8. fr. 18. §. 7—10. fr. 38. pr. fr. 39. §. 2. ibid. Auch den Frauen der Miether der benachbarten Häuser und Allen, die bei den zu der Caution berechtigten Nachbarn wohnen, wird dieses Recht zugesprochen. fr. 13. §. 5. ibid. Dagegen wird es abgesprochen Demjenigen, der nur ab- und zugeht, fr. 13. §. 4. ibid., sowie auch dem bloßen bonae fidei possessor, fr. 11. 13. §. 9. ibid. Diese beiden Stellen sucht man zwar auf verschiedene Weise zu beseitigen; s. z. B.: Ern. Phil. L. B. a Reizenstein Diss. num bonae fidei possessori deneganda sit damni infecti stipulatio? Monachii 1830. — Hesse a. a. O. S. 70 ff. — Jhering Abh. S. 104. 111. — Groh S. 18 ff. — Allein s. Bachofen S. 110 ff. und v. Vangerow a. a. O.

(*d*) Oft ist nicht von dem bereits bestehenden Zustande einer unbeweglichen Sache, sondern von einer Handlung, die Jemand darauf vornehmen will und vorzunehmen berechtigt ist, für eine benachbarte oder für dieselbe unbewegliche Sache Schaden zu befürchten, und dann braucht Derjenige, dem der Schaden droht, sich die Handlung nicht gefallen zu lassen, bevor Caution für den Ersatz dieses Schadens gestellt ist. S. z. B. §. 477. Note *k*. Auch diese Caution ist eine stipulatio praetoria, und zwar eine cautionalis, die ebenfalls den Namen cautio de damno infecto führt. Von ihr ist aber in dem Texte dieses Paragraphen nicht die Rede.

(*e*) Dieses Mittel ist nur ein subsidiäres. fr. 32. fr. 13. §. 6. fr. 18. §. 2—4. 9. fr. 20. ibid. A. M. Schneider die allgemeinen subsidiären Klagen des R. R. S. 94 ff. S. aber Hesse S. 51 ff. und v. Vangerow a. a. O. Nur eine Klage gibt es, durch die es nicht ausgeschlossen wird. Dies ist die actio in factum legi Aquiliae accommodata. fr. 18. D. 8. 2. — fr. 27. §. 10. D. 9. 2. — v. Vangerow a. a. O.

(*f*) fr. 9. §. 4. 5. fr. 10. fr. 15. §. 27. fr. 22. D. 39. 2.

(*g*) fr. 13. pr. fr. 39. §. 1. ibid.

(*h*) fr. 9. §. 4. 5. fr. 11. fr. 15. §. 25. 26. fr. 19. pr. fr. 22. ibid. Auch von Demjenigen, der als Eigenthümer, Usufructuar u. s. w. einer benachbarten unbeweglichen Sache eine Präsidialservitut an der Schaden drohenden Sache geltend machen kann, jedoch von diesem nur, insoweit eine der Servitut wegen getroffene Vorrichtung den Schaden droht. fr. 13. §. 1. ibid. A. M. Bachofen S. 121. — Von Mehreren, die in Gemeinschaft stehen, z. B. Miteigenthümern, hat jeder nur pro rata zu caviren, fr. 27. in f. fr. 40. §. 3. ibid. Sonst kann einer der Verpflichteten angehalten werden, für den ganzen Schadensersatz zu caviren. fr. 9. §. 4. 5. ibid.

(*i*) Ueber die Art und Weise, wie die Caution zu leisten ist, s. fr. 7. pr. fr. 30. §. 1. ibid. fr. 9. §. 4. 5. fr. 10. 11. 13. §. 1. ibid. Ueber ihre Formel s. A. Schmidt in Linde's Zeitschr. n. F. B. 8. S. 21 ff.

(*ii*) So lange das prätorische Edict keine Vorschriften enthielt, half man sich mit einer legis actio, die nachher außer Gebrauch kam. Gaj. IV. §. 31. Darüber wissen wir aber nichts Näheres. S. auch Note o.

(*k*) fr. 9. pr. fr. 7. pr. ibid.

(*l*) fr. 7. pr. ibid. Der Cautionspflichtige bleibt hier noch im Mitbesitze. fr. 15. §. 20. ibid.

(*m*) fr. 7. pr. ibid.

(*n*) Vor Justinian erhielt der Immittirte zunächst nur das bonitarische Eigenthum, welches erst durch Usucapion in vollkommenes Eigenthum verwandelt wurde. Darauf beziehen sich ursprünglich: fr. 5. pr. fr. 12. fr. 15. §. 16. 26. 27. fr. 18. §. 15. ibid. — fr. 3. §. 25. D. 41. 2. — Nach Justinian's const. un. C. 7. 25. ist eine Usucapion nur dann noch nöthig, wenn Derjenige, welcher sich bei dem Missionsverfahren als Eigenthümer gerirte, es nicht wirklich war, sondern ein Dritter. Hier gibt die s. g. missio ex secundo decreto nur einen Titel zur Usucapion, und so lange diese noch nicht erfolgt ist, kann der bisherige Eigenthümer die Sache gegen Caution und Ersatz der Auslagen noch vindiciren. Arg. fr. 28. D. 9. 4. Auch Derjenige, welchem ein ius in re aliena zusteht und gegen welchen das bisherige Verfahren nicht gerichtet war, fr. 15. §. 25. fr. 12. D. 39. 2., kann sein Recht, so lange es nicht durch Verjährung (z. B. der Usufruct durch Nichtgebrauch) verloren geht, noch geltend machen, wenn er Caution stellt und die bisherigen Auslagen ersetzt. fr. 19. pr. ibid. Vergl. fr. 30. D. 9. 4.

(*o*) fr. 7. pr. D. 39. 2. S. auch: fr. 4. §. 2. fr. 15. § 36. fr. 16. 17. 18. §. 13—15. ibid. — fr. 4. § 2. D. 43. 4. Man kann aber auch auf gewaltsamen Vollzug antragen. fr. 4. pr. §. 1. ibid. In der Lex Rubria für das Cisalpinische Gallien cap. 20, wornach die Stadtobrigkeit die cautio de damno infecto nach der im Edicte des Praetor peregrinus proponirten Formel auflegen soll, wird für den Fall der Weigerung keine missio in possessionem angeordnet, sondern anstatt derselben eine Klage der angegebenen Art auf Schadensersatz gegeben. S. Huschke in der oben §. 19 Note *o* angef. Schrift in lateinischer und deutscher Sprache. — Puchta in der Zeitschr. für geschichtl. RW. B. 10. Nr. 2. S. 195 ff. besonders S. 211 ff.

Dritter Abschnitt.

Von den Zwangsmaßregeln gegen Schuldner überhaupt und dem Concurs der Gläubiger insbesondere.

§. 483.

Einleitung.

Das gleichzeitige Anbringen mehrerer Gläubiger gegen einen Schuldner, dessen Vermögen nicht hinreicht, um sie alle zu befriedigen, nennt man heut zu Tage Concurs der Gläubiger, und das eigenthümliche Verfahren, welches dadurch herbeigeführt wird, Concursproceß. Die Frage: ob, unter welchen Voraussetzungen und auf welche Weise bei den Römern ein Concursproceß Statt fand, läßt sich nur in Verbindung mit der Lehre von den gegen Schuldner, die nicht bezahlen, nach Römischem Rechte überhaupt zulässigen Zwangsmaßregeln *) hinreichend beantworten (*a*), und dabei muß man die verschiedenen Zeiten des Römischen Staates sehr von einander unterscheiden. Daher die folgende Anordnung.

(*) Auch Fälle, in welchen der angebliche Schuldner das regelmäßige gerichtliche Verfahren über seine angebliche Schuld hindert, sind hieher zu ziehen. S. §. 484 d. ff.

(*a*) Paulus. V. 5a. 5b. — Dig. 42. 1—8. — Cod. Theod. 4. 20. — Cod. Just. VII. 53. 59. 71—75. — Zimmern Gesch. des R. Privatr. B. 3. §. 45 ff. §. 75. ff. §. 138. — Bethmann-Hollweg Handb. des Civilproc. B. 1. (Gerichtsverfassung und Proceß des sinkenden Röm. Reichs) §. 28—31. S. 296—346. — Walter Geschichte des R. R. 3. Aufl. B. 2. §. 750—758. — Puchta Cursus der Inst. B. 2. §. 179. — v. Keller der Röm. Civilproc. §. 83—85. — v. Scheurl Anleitung zum Stud. des R. Civilproc. §. 21 u. 22. — Rudorff Röm. Rechtsgesch. B. 2. §. 89—93.

§. 484. a.

I. Personalexecution. A. Nach den zwölf Tafeln (*a*).

Die denkbaren Gewaltmaßregeln gegen einen Schuldner, der seinen Gläubiger nicht gutwillig befriedigt, sind von zweierlei Art, nämlich solche, die die Person des Schuldners, und solche, die sein Vermögen zum Gegenstand haben. Für jene ist der Ausdruck Personalexecution, für diese der Ausdruck Realexecution üblich. Bei den Römern kamen beide Arten der Execution vor, jedoch in verschiedenen Zeiten auf verschiedene Weise. Ueber die Personalexecution galten nach den zwölf Tafeln folgende Regeln (*b*). Ist Jemand auf eine Summe Geldes (*c*) verurtheilt, oder ist er in iure

confessus, eine bestimmte Summe Geldes schuldig zu sein, und befriedigt den Kläger nicht innerhalb 30 Tagen, so kann die legis actio per manus iniectionem vor der Obrigkeit gegen ihn angewendet werden. Will er hier die Giltigkeit des Urtheils bestreiten, so muß er einen vindex stellen, der die Sache ganz auf sich nimmt. Stellt er einen solchen nicht, so darf ihn der Kläger ohne vorgängige addictio abführen, gefangen halten und fesseln. Der Schuldner hatte nun noch 60 Tage Zeit, sich mit seinem Gläubiger abzufinden. Innerhalb dieser Frist wurde der Betrag seiner Schuld tribus nundinis ausgerufen, und wenn er sich dann nicht löste und sich auch kein Loskäufer fand, so traf ihn capitis poena, d. h. Verlust seiner ganzen Rechtsfähigkeit, und der Gläubiger konnte ihn tödten oder als Sclaven in's Ausland (trans Tiberim) verkaufen. Für den Fall, wenn der Gläubiger mehrere waren, verordneten die zwölf Tafeln: Tertiis nundinis *partes secanto*, si plus minusve secuerint, se (sine) fraude esto (*d*). Bei einigen begünstigten Forderungen wurde die beschriebene Execution zugelassen, wenn auch keine Verurtheilung und keine confessio in jure vorausgegangen war (*e*), namentlich auch bei der Forderung aus dem nexum (*f*).

(*a*) Außer den schon citirten Schriften gehören hieher besonders: v. Savigny das altröm. Schuldrecht (zuerst in den Abh. der Academie der Wissensch. vom J. 1833. Berl. 1835. S. 69 ff. der historisch-philol. Klasse, sodann mit Noten und einem Nachtrag vom J. 1849 in s. verm. Schriften Nr. 19. B. 2. S. 396 ff.), und die im §. 484 b. citirten Schriften über das nexum und die nexi.

(*b*) Gellius XV. 13. XX. 1. — Gaj. IV. §. 21. 25. — Fest. v. Vindex.

(*c*) Ob dieses nur im Falle eines Darlehens (v. Savigny), oder ob es allgemein galt, und ob es auch bei Schuldnern galt, die auf etwas Anderes als auf Geld verurtheilt waren, darüber ist man nicht einig.

(*d*) Ueber die verschiedenen Auslegungen des: in partes secanto, s. Zimmern a. a. O. §.46.

(*e*) S. oben §. 190 gegen das E. über die legis actio per manus injectionem.

(*f*) Ueber dieses s. oben §. 396 Note *b* und unten §. 484 *b*. Note *c*. Charakteristisch ist, daß hier derjenige, der dem Andern das Erz übergab, dabei erklärte, dieser solle verurtheilt sein, ihm dieselbe Summe zn einer bestimmten Zeit und mit gewissen Zinsen (natürlich konnte der letztere Zusatz auch fehlen) zu geben. Nach Huschke sagte er z. B.: „Quod ego tibi mille asses hoc aere et hac aenea libra nexos dedi, eos tu mihi post annum cum foenore unciario dare damnas esto."

§. 484 b.

B. In der spätern Zeit.

Zum Vollzug der in den zwölf Tafeln zugelassenen äußersten Maßregeln gegen den Schuldgefangenen kam es wohl in der Wirklichkeit nie, vielmehr zog es der Gläubiger, wenn eine sonstige Abfindung in der erwähnten Zeit nicht zu Stande kam, jeweils vor, denselben in der Gefangenschaft zu behalten und ihn zu sclavischen Arbeiten anzuhalten, bis er den Betrag der Schuld abverdient hatte. Die Zulässigkeit dieser Personalexecution wurde im fünften Jahrhundert d. St. beschränkt (*a*). Namentlich entzog die lex Poetelia (*b*) dem nexum die angegebene besondere Wirkung (*c*). Auch wurde das Verhältniß der Schuldgefangenen durch dieselbe lex gemildert. Später kam die legis actio per manus iniectionem mit den meisten übrigen legis actiones ganz ab (*d*). Dadurch fiel aber die Personalexecution nicht hinweg. Gegen Denjenigen, der auf eine Summe Geldes rechtskräftig verurtheilt war, oder als confessus einem so Verurtheilten gleich stand und nicht gutwillig bezahlte, war sie in der Regel immer noch zulässig (*e*). Sie setzte aber nun eine obrig-

keitliche addictio voraus, die auf einen einfachen Antrag des Klägers bei der actio iudicati erfolgte. Die Folge davon bestand in einfacher Haft, und vielleicht, wenn der Gläubiger sie verlangte, in Arbeit zur Abverdienung der schuldigen Summe (*f*). Von Tödtung oder Verkauf in die Sclaverei ist nicht mehr die Rede.

(*a*) Wir erinnern hier an die lex, von welcher in §. 190 Note *nnn* die Rede ist. Huschke u. A. halten sie für eine lex Valeria aus dem J. 412.

(*b*) Aus dem J. 428 oder wahrscheinlicher aus dem J 441.

(*c*) Liv. VIII. 28. — Cic. de rep. II. 34 — Dionys. fragm. XVI. 9. — Varro de ling. lat. VII. §. 105. Von dem nexum und den nexi überhaupt handeln besonders: Hugo RG. S. 282. — Niebuhr Röm. Gesch. B. 1. Ausg. 3. S. 632 ff. B. 2. Ausg. 2. S. 667 ff. B. 3. Ausg. 1. S. 178 ff. — Zimmern a. a. O. §. 45. — Puchta Lehrb. für Institutionenvorl. S. XXVII ff. — v. Savigny a. a. O. — Christiansen RG. S. 140. 168 ff. Inst. S. 91 ff. — Heimbach in Weiske's Rechtslex. B. 1. S. 121 ff. — v. Scheurl vom Nexum. Erl 1839. (Darüber: Schilling in Richter's krit. Jahrb. Jahrg. 3. B. 5. S. 200 ff.) — C. Sell de iuris rom. nexo et mancipio Bonn. 1840. — Unterholzner Schuldverh. B. 1. S. 29 ff. — Andr. Com. van Heusde disq. de lege Poetelia Traj. ad Rhen. 1842. — J. J. Bachofen das Nexum, die Nexi und die Lex Petillia. Basel 1843. (Darüber: v. Glöden in Richter's krit. Jahrb. Jahrg. 9. B. 17. S. 385 ff.) — Danz Lehrb. B. 2. S. 85 ff. — Ph. E. Huschke über das Recht des Nexum und das altröm. Schuldrecht. Leipz. 1846. — Schilling Lehrb. B. 3. S. 234 ff. — Walter RG. 3. Ausg. §. 561. 616. — Puchta Curs. der Inst. B. 3. §. 269. 273 im Anf.

(*d*) Liv. XXIII. 14. — Val. Max. VII. 6. 1. — Sallust. Cat. c. 33. — Cic. pro Flacco c. 21. pro Rosc. Com. c. 14. de oratore II. 63. — Lex Rubria c. 21. 22. — Seneca de benef. III. 8. — Plin. ep. III. 19. — Gell. XX. 1. — Quinctil. Inst. or. V. 10. 60. VII. 3. 26. III. 6. 25. — Id. declam. 311. — Gaj. III. §. 199. fr. 23. pr. D. 4. 6. — Paul. V. 26. §. 2. — fr. 34. D. 42. 1. — const. 1. C. 7. 71.

(*e*) Gaj. IV. §. 25.

(*f*) Ueber den letzteren Punkt schweigen unsere Quellen. Streitig ist der Sinn der Verordnungen in: Cod. Theod. 9. 11. — Cod. Just 9. 5. — const. 23. C. 1. 4. Nach Bethmann-Hollweg Handb. B. 1 sind diese Citate gegen Privatgefängnisse überhaupt gerichtet, nach Wetzell Syst. des ord. Proc. (Leipz. 1861.) S. 485 nur gegen die eigenmächtige Gefangennehmung.

§. 484 c.

II. Realexecution. A. An einzelnen Sachen.

Ueber die Realexecution in der ältesten Zeit des Römischen Staates und namentlich nach dem Rechte der zwölf Tafeln fehlt es fast ganz an Nachrichten, und es wird daher häufig (*a*) behauptet, der Kläger sei, wenn der Beklagte nicht gutwillig leistete, was er zu leisten hatte, mit seltenen Ausnahmen (*b*) auf die Personalexecution beschränkt gewesen. Zur Zeit der klassischen Juristen finden wir als Mittel zur Vollstreckung der Verurtheilung auf Geld, der einzigen eigentlichen Verurtheilung, die bei dem Verfahren per formulam vorkam, die gerichtliche Auspfändung (pignoris capio, pignora in causa iudicati capta) in täglicher Uebung; die näheren Regeln darüber werden aber erst aus kaiserlichen Rescripten hergeleitet (*c*). Der bei den arbitrariae actiones vorkommende Zwischenbescheid auf Leistung desjenigen, worauf der Anspruch des Klägers zunächst geht, konnte, wenigstens wenn er ein iussus de restituendo war, nach einer Pandektenstelle von Ulpian mit Gewalt vollstreckt werden (*d*). Da, wo nach Justinianeischem Rechte eine eigentliche Verurtheilung auf etwas Anderes als auf Geld gehen kann (§. 192. Note *q*.), enthält es über die gerichtliche Vollstreckung derselben keine Vorschrift (*e*).

(*a*) So z. B.: Bethmann=Hollweg §. 30. — v. Keller der R. Civilproc. §. 83. Dagegen namentlich: v. Savigny in der Zeitschr. für geschichtl. RW. B. 11. S. 65 ff.; auch in s. verm. Schriften B. 3. S. 392 ff. — Dernburg die emtio bonor. S. 7. — Rudorff RG. §. 92. Vergl. Walter §. 750. am E.

(*b*) Die feierliche pignoris capio, die der Kläger zur Zeit des Verfahrens per legis actionem, ohne obrigkeitliche Ermächtigung und ohne seine Forderung vorher eingeklagt zu haben, vornehmen durfte (§. 190 am E.), war auf wenige Fälle beschränkt, die dem öffentlichen Rechte und dem ius sacrum angehören. — Die obrigkeitliche pignoris capio wird nur als ein Mittel zur Beitreibung öffentlicher Geldstrafen erwähnt. Liv. III. 38. XXXVII. 51. — Cic. de orat. III. 1. — Phil. I. 5. — Gell. XIV. 7. Daraus folgert man häufig, sie sei in gewöhnlichen Civilprocessen nicht anwendbar gewesen. Auch beruft man sich auf die Worte „extra ordinem" in fr. 50. D. 21. 2. S. Note *a*. — Wurde dem Vindicanten der Gegenstand von der Obrigkeit addicirt, weil die andere Partei keinen Widerspruch einlegte (in iure cessio) (§. 253. Note *aa*. vergl. mit §. 190. Note *h*.), so wurde ihm derselbe offenbar regelmäßig von der Obrigkeit auch sofort eingehändigt.

(*c*) S. oben §. 311 am E. §. 317 und Bethmann=Hollweg §. 30. S. 333 ff.

(*d*) fr. 68. D. 6. 1. S. §. 197 a. Note *q*. Ueber das bestrittene Alter dieser Regel vergl. auch: A. Schmidt in der Zeitschr. f. gesch. R. W. B. 15. S. 69 ff. — Rudorff a. a. O. — Wetzell Syst. des ord. Proc. S. 489.

(*e*) Die Gleichstellung dieses Falles mit dem vorigen versteht sich durchaus nicht von selbst. Wetzell a. a. O. S. 489 u. 490. Vergl. auch S. 492.

§. 484 d.

B. An dem ganzen Vermögen. 1. Geschichte (*a*). a. Die älteste missio in possessionem bonorum rei servandae causa.

Ein Verfahren, welches mit dem heutigen Concursproceß Aehnlichkeit hatte, wurde herbeigeführt durch die prätorische missio in bona rei servandae causa und in der Kaiserzeit auch durch cessio bonorum. Die älteste missio in bona dieser Art wurde wahrscheinlich nicht gegen einen debitor iudicatus vel in iure confessus eingeführt, sondern gegen denjenigen, welcher sich vor den Gläubigern arglistig verbarg (*b*) (qui fraudationis causa latitat), so daß er nicht in ius vocirt werden konnte, und für welchen doch auch kein Stellvertreter auftrat, der den Proceß auf sich zu nehmen bereit war (*c*). Da es in der alten Zeit nicht zulässig war, einen Curator aufzustellen, der den Proceß des fraudator auf eine für denselben verbindliche Weise zu führen hatte, so wurde ein Verfahren eingeführt, welches, wenn es nicht den Schulder veranlaßte, sich zu stellen, zu dem Ziele führte, daß er einen Universalsuccessor erhielt, der in das Activvermögen ganz, und in die Schulden zu einer gewissen Quote eintrat und gegen welchen dann die einzelnen Gläubiger des Fraudators ihre Forderungen bis zu dieser Quote auf dem Rechtswege geltend machen konnten (*d*). Das Verfahren begann damit, daß ein oder mehrere Gläubiger sich die missio in bona auswirkten, die dann öffentlich bekannt gemacht wurde (*e*). Waren nun die Eingewiesenen 30 Tage in der Mitdetention (*f*) des Vermögens, ohne daß der Schuldner sich stellte, oder ein Anderer seine Vertheidigung gehörig übernahm (*g*), so erbaten sie sich die Erlaubniß, Einen aus ihrer Mitte mit dem Verkaufe des Vermögens zu beauftragen, znm magister bonorum vendendorum zu ernennen. Dieser schrieb das Vermögen aus und legte, wenn er einen annehmbaren Käufer gefunden hatte, den beabsichtigten Vertrag mit demselben der Obrigkeit vor, welche, wenn nichts dagegen einzuwenden war, die Erlaubniß gab, die Kaufbedingungen öffentlich bekannt zu machen und unter denselben das Vermögen nach 30 Tagen zu

addiciren (*h*). Innerhalb dieser Frist konnte der Schuldner sich noch stellen und dadurch die Addiction abwenden (*i*), oder es konnten Gläubiger oder Verwandte, die ein Vorkaufsrecht hatten, dasselbe ausüben (*k*). Die Addiction hatte eine prätorische Universalsuccession des bonorum emtor in das Vermögen des Schuldners zur Folge (*l*). Vermöge derselben konnte er die Vermögensrechte des letzteren durch utiles actiones (*m*) und exceptiones (*n*) geltend machen und sich eines interdicti adipiscendae possessionis bedienen (*o*); dagegen hatte er die klagbaren Schulden zu der Quote, die er vor der Addiction versprochen hatte, zu bezahlen, und konnte darauf von den Gläubigern mit utiles actiones belangt werden (*p*). Den Rest blieb der Fraudator schuldig (*q*). Eine nichtige bonorum venditio konnte von dem Schuldner mit einer Präjudicialklage angegriffen werden (*r*).

(*a*) Außer den oben §. 483 Note *a*. angeführten Schriften gehören hierher: F. C. G. Stieber de bonor. emtione apud veteres Romanos. Lips. 1827. (Darüber: Unterholzner in der Tüb. krit. Zeitschr. B. 6. S. 229.) — Pügge im Rhein. Mus. für Jurispr. B. 2. S. 87 ff. — Keller Semestr. Vol. 1. pag. 69 seqq. (Darüber: Bachofen in Richter's krit. Jahrb. B. 12. S. 974 ff.) — Bachofen das Röm. Pfandr. B. 1. Nr. XIII. S. 281 ff. — H. Dernburg üb. die emtio honor. Heidelb. 1850. — Hartmann über das Röm. Contumacial-Verfahren. Gött. 1851.

(*b*) Dernburg §. 1—3. — v. Keller R. Civilproc. §. 83. S. 352. A. M. Rudorff R. G. B. 2. §. 90 Note 23.

(*c*) Cic. pro Quinctio c. 19. — fr. 7. D. 42. 4. — Gaj. III. §. 78. — Theophil. ad tit. J. 3. 12. (13.)

(*d*) Ein Vorbild dieser prätorischen Universalsuccession war die wahrscheinlich civilrechtliche des sector bonorum, d. h. desjenigen, welcher ein zur Strafe confiscirtes Vermögen im Ganzen an sich kaufte, um es im Einzelnen mit Vortheil wieder zu verwerthen. Uebrigens übernahm dieser, weil das Vermögen gewöhnlich solvent war, in den meisten Fällen die vollständige Befriedigung der Gläubiger und versprach daneben dem Staate noch einen Kaufpreis. Cic. pro Rosc. Amer. c. 8. c. 43 seqq. — Varro de R. R. 2. 10. — Gaj. IV. §. 146. — Pseudo-Asconius ad Cic. Verrin. I. 20. 23. — Für diesen Güterverkauf wurde im Gegensatz von jenem häufig der Ausdruck: bona *publice* veneunt, gebraucht. Gaj. I. §. 27. III. §. 154. IV. §. 146. — §. 8. J. 3. 15. (16.)

(*e*) Gaj. III. §. 79. — Lex Rubr. c. 22. — Diese proscriptio ist nicht mit der spätern Ausschreibung zu verwechseln, welche eine Einladung zum Kaufe enthielt. S. besonders Huschke üb. das Recht des Nexum. S. 151. Anm. 215.

(*f*) Nicht im juristischen Besitze. fr. 3. §. 23. D. 41. 2. — fr. 3. §. 8. D. 43. 17. — fr. 10. §. 1. D. 41. 2. Auch durfte der Schuldner noch nicht des Besitzes entsetzt werden. Cic. pro Quinctio c. 27. Vergl.: fr. 15. §. 20. D. 39. 2. — fr. 5. pr. D. 36. 4. — Keller p. 186. — Hartmann S. 34.

(*g*) Dies ist der Augenblick, in welchem der Fraudator infam wurde. Keller l. c. §. 6.

(*h*) Gaj. l. c. — Theophil. l. c. — Dernburg §. 13. Vergl. v. Keller Proc. §. 85. Note 54. — Rudorff a. a. O. Note 41 ff.

(*i*) Gaj. IV. §. 102. — fr. 33. §. 1. D. 42. 5. — Vergl.: fr. 3. D. 42. 3. — const. 2. C. 7. 71.

(*k*) fr. 16. D. 42. 5. — fr. 60. D. 2. 14.

(*l*) Gaj. II. §. 98. III. §. 77. 81.

(*m*) Namentlich gab es eine Serviana actio, qua bonorum emtor ficto se herede agit, und eine Rutiliana actio, wobei die intentio auf die Person des Fraudators, die condemnatio aber auf die des Klägers gestellt wurde (ähnlich, wie bei Führung eines Processes durch einen Stellvertreter). Gaj. IV. §. 35.

(*n*) Die körperlichen Sachen des Fraudators kamen zunächst nur in sein bonitarisches und erst durch Usucapion in sein vollkommenes Eigenthum. Gaj. III. §. 80.

(*o*) Es war ähnlich dem interdictum quorum bonorum, welches dem bonorum possessor, sowie dem sectorium, welches dem sector bonorum zustand, und wurde von Einigen possessorium genannt. GAJ. IV. §. 134—136.

(*p*) GAJ. III. §. 81. — THEOPHIL l. c. — A. M.: STIEBER p. 67 und Huschke S. 159. S. aber Dernburg §. 16.

(*q*) GAJ. II. §. 155. Vergl. fr. 6. D. 42. 3. Das Gegentheil scheinen zu sagen: fr. 25. §. 7. D. 42. 8. Zimmern §. 77 am E. — Bachofen Pfandr. S. 453. Anm. 12. S. aber: Bethmann-Hollweg S. 313. — Dernburg §. 17. — Rudorff a. a. O. Note 51 u. 52.

(*r*) fr. 30. D. 42. 5. — fr. 7. §. 3. D. 42. 4. Ueber andere Klagen s.: GAJ. III. §. 220. — fr. 51. pr. D. 42. 1.

§. 484 e.

b. Ausdehnung der missio in bona rei servandae causa auf andere Fälle.

Das Verfahren, welches gegen den debitor, qui fraudationis causa latitat, zulässig war, dehnte das prätorische Edict bald auf den Fall (*a*) aus, wenn der Schuldner gestorben ist, ohne beerbt zu werden (*b*). Nur sollte hier schon nach 15 Tagen um die Erlaubniß, einen magister bonorum vendendorum zu ernennen, gebeten werden können, und die Frist, welche von der letzten Verfügung der Obrigkeit an bis zur wirklichen Addiction des Vermögens noch verstreichen mußte, sollte hier blos in 20 Tagen bestehen (*c*). Auf einige andere Fälle, in welchen es an der gehörigen Vertretung des Schuldners fehlt, wurde zunächst blos die missio in bona ausgedehnt, und nur unter Umständen (*d*) sollte die bonorum venditio darauf folgen (*e*). Dagegen wurde das, was bei dem eigentlichen fraudator galt, vollständig übertragen auf den Fall, wenn der Schuldner iudicatus vel in iure confessus est und innerhalb der gesetzlichen Frist nicht bezahlt (*f*). Nur konnte hier oft eine specielle Realexecution die Stelle dieses Verfahrens vertreten (§. 484 c.)

(*a*) CIC. pro Quinctio c. 19 erwähnt als einen Dritten, gegen welchen dieses Verfahren in dem Edicte vorgeschrieben sei, Denjenigen, „qui exilii causa solum verterit.“ Vergl. LIV. X. 9. — SALLUST. Cat. 51. §. 22. — Allein dieser Fall verschwand frühe mit dem Exilrechte, und wir finden ihn schon bei GAJUS III. §. 78 nicht mehr erwähnt. KELLER p. 46. not. 4. Es wurde ferner auf den weiteren Fall angewendet, wenn Jemand, der sich in der potestas befand, wegen der Schulden, die er noch als homo sui juris durch Verträge oder ähnliche Handlungen contrahirt hat, von dem Inhaber der Gewalt nicht vertheidigt wird. Gegenstand der Einweisung und des Verkaufes war hier dasjenige Vermögen, welches dem Schuldner gehören würde, wenn er sui juris geblieben wäre. GAJ. III. §. 84. Wegen der Schulden einer in manu oder in mancipio befindlichen Person galt dasselbe, auch wenn sie während der Gewalt contrahirt worden waren. GAJ. III. §. 80.

(*b*) „Cui heres non exstabit.“ CIC. l. c. — GAJ. l. c. — War der Gerufene wegen Ueberschuldung der Erbschaft nicht geneigt, dieselbe anzunehmen, so bewilligten die Gläubiger häufig einen Nachlaß, damit er sie annahm und sie dadurch den Unbequemlichkeiten der missio und venditio entgingen. Solche Nachlässe wurden auch besonders begünstigt, und namentlich kam die Regel auf, daß, wenn die Mehrheit der Erbschaftsgläubiger dem Erben vor der Antretung der Erbschaft einen Nachlaß gewisser Procente bewilligte, auch die Minderheit sich den gleichen Abzug müsse gefallen lassen. Die Majorität der Stimmen wird übrigens zunächst nach der Summe der Forderungen, und nur wenn diese gleich sind, nach der Zahl der Gläubiger berechnet; dabei können die Pfandgläubiger durch die chirographarischen Gläubiger nicht gezwungen werden. fr. 7. §. 17—19. fr. 8. 9. 10. D. 2. 14. — fr. 58. §. 1. D. 17. 1. — Zimmern a. a. O. §. 78. — Diese Regeln über den erzwungenen Nachlaß werden ungeachtet des von Justinian eingeführten s. g. benef. inventarii im Corpus iuris noch beibehalten In Deutschland werden sie häufig auch

auf noch lebende insolvente Schuldner angewendet, was aber nur da gerechtfertigt ist, wo particuläre Gesetze oder Gewohnheiten es vorschreiben.

(*c*) GAJ. III. §. 79.

(*d*) Nie jedoch, wenn der Schuldner ein Pupill oder reipublicae causa sine dolo malo absens war. fr. 6. §. 1. D. 42. 4. Dagegen regelmäßig in dem ersten Falle der folgenden Note.

(*e*) Dernburg §. 5 ff. Solche Fälle sind: 1. Wenn der Beklagte an einem bestimmten Tage in iure zu erscheinen versprach und dafür Bürgen stellte, dieses Versprechen aber nicht hielt (vadimonio non stetit). fr. 2. D. 42. 4. Vergl. Rubr. D. 2. 6. — fr. 5. §. 1. D. 2. 8. — 2. Wenn der zu Belangende abwesend war, ohne sich fraudationis causa verborgen zu haben, und nicht vertreten wurde. fr. 1. D. 3. 5. — fr. 21. D. 4. 6. — Vergl fr. 199. D. 50. 16. — 3. Wenn eine juristische Person belangt werden sollte und sich kein Vertreter derselben zeigte. fr. 1. §. 2. 3. D. 3. 4. — fr. 5. D. 42. 5. — 4. Wenn dieses bei einer physischen Person vorkam, die sich nicht selbst allein vertreten konnte, z. B. bei einem Pupillen. fr. 3—6. D. 42. 4. Ueber diese Fälle vergl. jetzt auch: Hartmann a. a. O. §. 2 und Wetzell a. a. O. S. 458 ff.

(*f*) GAJ. III. §. 78.

§. 484 f.

c. Einführung der cessio bonorum und d. der privilegia exigendi.

Die von Julius Cäsar oder Augustus herrührende Lex Iulia de cessione bonorum (*a*) führte eine neue Art von Einleitung der venditio bonorum ein. Der durch Unglücksfälle (*b*) verarmte Schuldner konnte der Verfolgung seiner Gläubiger nach dieser lex dadurch entgehen, daß er ihnen freiwillig sein Vermögen abtrat (*c*). Dadurch ging das Vermögen nicht auf die Gläubiger über (*d*) und eben so wenig wurde der Schuldner von dem, was er diesen schuldig war, ganz frei (*e*), vielmehr wurde im Ganzen das nämliche Verhältniß herbeigeführt, wie wenn eine missio in bona Statt gefunden hätte (*f*). Jedoch erlangte der Schuldner einen dreifachen Vortheil, der die cessio bonorum zum beneficium, zur Rechtswohlthat, für ihn machte. Er blieb nämlich frei von persönlicher Haft (*g*), sowie von der Infamie (*h*). Ferner hatte er gegen alle nicht erst später entstehende Klagen aus Forderungen, auch soweit sie aus dem abgetretenen Vermögen nicht bezahlt wurden, eine Einrede (*i*), bis er wieder einiges Vermögen erworben hatte, und in Beziehung auf dieses stand ihm das sogenannte beneficium competentiae zu (*k*) (§. 488). — Die durch missio in bona oder cessio bonorum herbeigeführte venditio bonorum berührte die einzelnen Gläubigern zustehenden Pfandrechte als solche eben so wenig, als die auf den Sachen des Schuldners liegenden Servituten (*l*); sie berührte nur die durch persönliche Klagen gegen den bonorum emtor geltend zu machenden Forderungen. Diese standen einander ursprünglich alle gleich. Von der einen hatte der bonorum emtor eben so viele Procente zu bezahlen, wie von der andern. Unter den Kaisern kamen aber privilegia exigendi auf, vermöge deren die damit versehenen Forderungen den übrigen bei der venditio bonorum vorgezogen werden mußten (§. 484 i.). Die Folge war, daß nun der magister bonorum vendendorum von dem emtor bonorum für die einfachen Gläubiger Nichts ausbedingen durfte, wenn die privilegirten nicht vollständig von demselben befriedigt werden sollten.

(*a*) GAJ. III. §. 78. — Cod. Theod 4. 20. — Dig. 42. 3. — Cod. Iust. 7. 71.

(*b*) const. 1. C. Th. 4. 20.

(*c*) Irgend eine Förmlichkeit brauchte dabei nicht beobachtet zu werden. fr. 9 D. 42. 3. — const. 2. C. Th. 4. 20. — const. 6 C. 7. 71.

(*d*) const. 4. C. ibid.

(*e*) const. 1. C. ibid.

(*f*) Gaj. III. §. 78 seqq. Vergl. fr. 17. pr. D. 4. 8. — fr. 3. 5. D. 42. 3. — const. 2. C. 7. 71.

(*g*) const. 1. C. ibid.

(*h*) const. 11. C. 2. 12.

(*i*) fr. 4. §. 1. D. 42. 3. — const. 3. C. 7. 72. — §. 4. J. 4. 14.

(*k*) Dadurch wurde denn auch jede neue bonorum venditio wegen älterer Schulden verhindert. fr. 6. 7. D. ibid.

(*l*) Oder das Eigenthum, welches ein Dritter an einer in dem Besitz des Schuldners befindlich gewesenen Sache geltend machen konnte. fr. 24. §. 2. in f. D. 42. 5. — const. 1. C. 7. 73.

§. 484 g.

e. Einführung der distractio bonorum und Abschaffung der eigentlichen venditio bonorum.

Die Eigenthümlichkeit des bisher dargestellten Concursverfahrens, daß ein Universalsuccessor des Schuldners künstlich geschaffen wird, dessen Bestreben natürlich dahin geht, so viel als möglich von dem überschuldeten Vermögen für sich zu behalten, kam unter den Kaisern nach und nach in Abgang, indem man sich immer mehr mit dem Gedanken befreundete, der Zweck könne, selbst wenn der Schuldner sich nicht stellt, oder ohne Erben gestorben ist, auch ohne dieses Mittel durch Aufstellung eines curator bonorum erreicht werden (*a*). Es kam dahin, daß, wenn eine cessio bonorum oder eine missio in bona, die zum Vermögensverkauf führt, Statt gefunden hat, sofort ein Curator ernannt wird, der das Vermögen verwaltet und im Einzelnen verkauft (bona distrahit), um den Erlös an die Gläubiger, die ihre Forderungen gehörig angemeldet und nachgewiesen haben, nach der von der Obrigkeit ausgesprochenen Classification zu vertheilen. Dieses neue Verfahren schreibt ein Senatusconsult, welches Gajus erwähnt, da vor, wo der Schuldner den Rang eines Senators hat (*b*). Schon vor oder doch bald nach dieser Vorschrift kam es häufig vor, daß die Gläubiger sich dasselbe als Privilegium ausbaten (*c*), und nach der Abschaffung des alten ordo iudiciorum wurde es ganz allgemein (*d*).

(*a*) Dernburg §. 19. 20.

(*b*) fr. 5. D. 27. 10. In diesem Falle sollte der Schuldner auch nicht infam werden.

(*c*) fr. 9. D. ibid. von Paulus.

(*d*) pr. J. 3. 12. (13.) — Theophil. ad h. l.

§. 484 h.

2. Justinianeisches Recht. a. Von dem Concurse der Gläubiger überhaupt (*a*).

Nach Justinianeischem Rechte wird der Zugriff der Gläubiger auf das ganze Vermögen des Schuldners, wie früher, entweder durch cessio bonorum oder durch missio in bona herbeigeführt. Die cessio bonorum hat für den Schuldner die oben (§. 484 f.) angegebenen Vortheile. Die missio in bona rei servandae causa kann in den oben (§. 484 d. und 484 e.) angegebenen Fällen (*aa*) von einem oder mehreren Gläubigern ausgewirkt werden. Den zuerst Eingewiesenen können sich andere Gläubiger, wenn sie in der Provinz wohnen, in welcher die Einweisung erfolgt ist, in 2, und sonst in 4 Jahren,

mit der Wirkung anschließen, daß sie behandelt werden, wie wenn sie mit jenen gleichzeitig eingewiesen worden wären (*b*). Indessen hat die Obrigkeit die erste Einweisung nur solchen zu gewähren, deren Forderungen entweder durch rechtskräftiges Urtheil oder confessio in iure schon anerkannt sind, oder gehörig nachgewiesen werden (*c*), und die Theilnahme der später sich Meldenden brauchen die schon Eingewiesenen sich nicht gefallen zu lassen, wenn sie ihre Berechtigung nicht gehörig nachweisen (*d*). Erst nach Ablauf der gesetzlichen Zeit wird der Verkauf des Vermögens durch obrigkeitliches Erkenntniß verfügt (*e*). Bis dahin wird es durch den von den Gläubigern gewählten Curator verwaltet. Dieser verkauft es dann im Einzelnen. Er braucht es nicht nothwendig öffentlich zu versteigern, es muß aber über die einzelnen Verkäufe ein gerichtliches Protocoll aufgenommen werden, wobei er zu schwören hat, daß er so vortheilhaft verkauft habe, als es ihm möglich gewesen sei (*f*). Ueber die Vertheilung des Erlöses verfügt die Obrigkeit (*g*).

(*a*) Bethmann-Hollweg §. 31.

(*aa*) Soweit dieselben noch vorkommen können. Ueber den Fall, wenn der Schuldner sich arrogiren läßt, s. §. 3. J. 3. 10. (11.). Ueber die Frage, ob im Falle der latitatio nicht ein anderer Weg zulässig ist, s. Hartmann a. a. O. §. 24 und Wetzell a. a. O. S. 460.

(*b*) const. 10. C. 7. 72. Auf welche Weise diese von der ersten Einweisung benachrichtigt wurden, sagt keine Stelle ausdrücklich.

(*c*) Bethmann-Hollweg S. 345.

(*d*) const. 10. cit. — const. 15. C. 4. 30.

(*e*) const. 10. cit. §. 1. const. 9. ibid. Welche Frist hier eingehalten werden mußte, wird uns nicht ausdrücklich gesagt. Vielleicht waren es die vier Jahre, innerhalb welcher sich noch Gläubiger melden konnten. So Puchta §. 188. Vergl. Bethmann-Hollweg S. 342. Bevor der Verkauf erfolgt ist, kann ihn der Schuldner durch Zahlung oder Vertheidigung mit Bürgschaft noch abwenden.

(*f*) const. 10. cit. §. 1.

(*g*) const. 8. C. 7. 71. — const. 6. C. 7. 72. — In welcher Form über den Vorzug einzelner Gläubiger vor andern verhandelt wurde, wissen wir nicht. — Beträgt der Erlös mehr, als die angemeldeten Gläubiger zu fordern haben, so wird dieses für Diejenigen, die sich etwa noch melden werden, deponirt. const. 10. cit. §. 1.

§. 484 i.

b. Von der Rangordnung der Concursgläubiger insbesondere (*a*).

An der missio in bona wie an der cessio bonorum nehmen auch nach Justinianeischem Rechte (vergl. §. 484 f.) die Pfandgläubiger, soweit sie durch ihre Pfänder gedeckt sind, keinen Antheil (*b*), sondern nur die Chirographargläubiger, d. h. einmal diejenigen, die gar kein Pfandrecht an Sachen des Gemeinschuldners haben, und dann diejenigen, deren Pfandrecht sich nicht auf das ganze Vermögen erstreckt, insoweit ihre Forderung mehr beträgt, als aus ihren Pfändern erlöst wird. Die Chirographargläubiger aber, die bei Vertheilung des Erlöses aus dem Vermögen zu berücksichtigen sind, zerfallen in zwei Klassen, nämlich in solche, die ein privilegium exigendi haben, creditores privilegiarii, privilegirte Gläubiger, und in einfache, oder nicht privilegirte Gläubiger. Jene gehen diesen unbedingt vor (*c*). Ein solches privilegium exigendi (*d*) stand nach Röm. Rechte unter andern auch einigen Personen zu, die späterhin ein generelles gesetzliches Pfandrecht erhielten, denen es also nach Justinianeischem Rechte überflüssig ist. Nach diesem gehören noch folgende Gläubiger hierher: 1. derjenige, welcher die Kosten der Leiche des Schuldners oder

eines Andern, den dieser zu beerdigen verpflichtet ist, zu fordern hat (*e*); 2. der Fiscus mit allen Forderungen, wegen deren er keine Hypothek hat, z. B. welche ihm von einem Privatmanne cedirt sind (*f*), ausgenommen sind jedoch die nicht auf Vertrag beruhenden Strafgelder, welche der Fiscus zu fordern hat (*g*); 3. die Städte wegen aller ihrer Forderungen an den Schuldner (*h*); 4. die wirkliche und die putative Ehefrau und die Braut wegen der dos; der wirklichen Ehefrau ist es jetzt, so oft sie wegen der dos eine generelle gesetzliche Hypothek hat (*i*), überflüssig, der putativen Ehefrau (*ii*) aber und der Braut ist es auch jetzt noch nützlich (*k*); 5. diejenigen Personen, die einen Curator haben und denen kein gesetzliches Pfandrecht an dem Vermögen des Curators zusteht, also gerichtlich erklärte Verschwender, kranke und gebrechliche Personen, ferner diejenigen, die einen Protutor haben (*l*); 6. derjenige, welcher zur Wiederherstellung eines Gebäudes Geld creditirt hat (*m*); 7. derjenige, welcher wegen Ausbesserung eines Gebäudes, das ihm und dem Schuldner gemeinschaftlich gehört, verhältnißmäßigen Ersatz zu fordern hat (*n*); 8. derjenige, welcher für Erbauung, Ankauf oder Ausrüstung eines Schiffes Geld hergeliehen hat (*o*); 9. derjenige, welcher bei einem argentarius Geld unverzinslich deponirt hat (*p*). Die Ordnung der Gläubiger in dieser Classe ist folgende: Nr. 1 geht unbedingt allen übrigen (*pp*) und Nr. 2 allen folgenden vor (*q*); Nr. 3—8 stehen einander ohne Rücksicht auf das Alter ihrer Forderungen gleich und werden pro rata befriedigt (*r*). Bei Nr. 9 ist die Sache zweifelhaft, indem nach der einen Stelle in den Pandekten der Deponent des Geldes allen übrigen privilegirten Gläubigern vorgehen, nach der andern aber allen übrigen nachstehen soll (*s*). — Die einfachen Chirographargläubiger stehen einander ohne Rücksicht auf das Alter ihrer Forderungen ganz gleich, und werden aus dem, was die privilegirten übrig lassen, pro rata befriedigt (*t*).

(*a*) Chr. Lud. Runde de historia, indole ac vi remedior. securitatis, quibus iure Romano prospectum est per privilegia personalia, hypothecas tacitas et privilegia hypothecarum. Gött. 1794. — Chr. Glieb. Gmelin die Ordnung der Gläubiger im Gantprocesse. 5te Aufl. Ulm 1813. — Heinr. Reinhard die Ordnung der Gläubiger im Concurse. Dresden 1826. — Aug. Siegm. Kori Syst. des Concursproc. 2. Ausg. Leipz. 1828. S. 237 ff.

(*b*) Diese halten sich an ihre Pfänder, wie wenn es nicht zum Concurse gekommen wäre, und auch die Concursgläubiger müssen ihnen diejenigen, in deren Besitz sie sind, auf Verlangen herausgeben, wenn sie es nicht vorziehen, sie durch Zahlung abzufinden.— Anders ist es bei dem auf Gewohnheit und Particulargesetzen beruhenden heutigen Concursverfahren, welches sich von dem Römischen besonders dadurch unterscheidet, daß das Concursgericht die Leitung des Ganzen heut zu Tage weit mehr in die Hände nimmt, als dieses bei den Römern geschah. Damit hängt es zusammen, daß heut zu Tage die Pfandgläubiger in derselben Frist sich anmelden und überhaupt ebenso an dem Concurse Antheil nehmen müssen, wie die Chirographargläubiger. Sie gehen aber diesen, so weit der Erlös aus ihren Pfändern reicht, in der Regel vor, wie dieses nach Römischem Rechte immer der Fall war. S. Note *c*.

(*c*) Da heut zu Tage auch die Pfandgläubiger an dem Concurse Theil nehmen müssen (s. Note *b*), diese aber, so weit sie aus dem Erlöse aus ihren Pfändern befriedigt werden können, nach Römischem Recht den Chirographargläubigern immer vorgehen, und da ferner unter ihnen selbst die privilegirten den nicht privilegirten vorgehen, so müßte man die heutigen Concursgläubiger in vier Klassen abtheilen, wenn nicht folgender Umstand uns nöthigte, fünf solche Klassen anzunehmen. Einige Gläubiger nämlich, die kein Pfandrecht haben, werden nach heutiger Gewohnheit allen übrigen Gläubigern, auch den sämmtlichen Pfandgläubigern, vorgezogen, so namentlich diejenigen, welche Leichenkosten, und diejenigen, welche Gesindelohn zu fordern haben. Solche Gläubiger nennt man absolut privilegirte Chirographargläubiger. So zerfallen denn die Concursgläubiger heut zu Tage in folgende fünf Klassen. Erste Klasse: die

der absolut privilegirten Chirographargläubiger. Diese gehen allen folgenden Klassen unbedingt vor. Zweite Klasse: die privilegirten Pfandgläubiger. Ueber diese s. §. 318—321. Diejenigen unter ihnen, deren privilegirte Pfandrechte das ganze Vermögen umfassen, gehören mit ihrer ganzen Forderung in diese Klasse und gehen daher den folgenden Klassen unbedingt vor, die übrigen dagegen jeder nur so weit, als der Erlös aus seinen Pfändern reicht. Dritte Klasse: die nicht privilegirten Pfandgläubiger. S. §. 323. Hier ist ebenso zu unterscheiden, wie in der zweiten Klasse. Vierte Klasse: die einfach privilegirten Chirographargläubiger, d. h. diejenigen, die ein privilegium exigendi haben. Dieses ist auch für einen Pfandgläubiger, für einen privilegirten, wie für einen nicht privilegirten, dessen Pfandrecht nicht das ganze Vermögen umfaßt, von Wichtigkeit, insoweit er in der zweiten oder dritten Klasse (d. h. aus dem Erlöse aus seinen Pfändern) nicht befriedigt wird. Die vierte Klasse geht der fünften immer unbedingt vor. Fünfte Klasse: alle übrigen Gläubiger, auch die Pfandgläubiger, deren Pfandrecht nicht das ganze Vermögen umfaßt, insoweit sie nicht in der zweiten oder dritten Klasse zu ihrer Befriedigung gelangen, vorausgesetzt, daß sie kein privilegium exigendi haben.

(*d*) Lauterbach de privileg. creditor. personali simplici; in Diss. acad. T. I. nr. 59. — Frister de privilegio creditorum personali. Goett. 1804. — Gmelin a. a. O. Kap. 7. S. 554 ff. — v. Vangerow §. 594.

(*e*) fr. 45. D. 11. 7. — fr. 17. pr. D. 42. 5. — S. auch fr. 14. §. 3—5. fr. 37. D. 11. 7.

(*f*) fr. 10. pr. D. 2. 14. — fr. 6. pr. D. 49. 14. — von der Nahmer Entsch. des O.-A.-G. zu Wiesbaden B. 2. Nr. 11. — S. auch fr. 6. §. 1. D. 49. 14.

(*g*) S. unten Note *t*.

(*h*) fr. 38. §. 1. D. 42. 5.

(*i*) D. h. wenn sie nicht wegen ihrer Religion davon ausgeschlossen ist. S. §. 313. Note *dd*.

(*ii*) fr. 22. §. ult. D. 24. 3.

(*k*) fr. 17. §. 1. D. 42. 5. — fr. 74. D. 23. 3. — const. un. C. 7. 74.

(*l*) fr. 19—23. D. 42. 5. — Gegen den curator bonorum absentis et hereditatis iacentis, wie gegen den curator bonorum im Concurse findet dieß Privilegium nicht Statt. fr. 22. §. 1. D. ibid. S. oben §. 313. Note *l*.

(*m*) fr. 25. D. 12. 1. — fr. 24. §. 1. D. 42. 5.

(*n*) fr. 52. §. 10. D. 17. 2.

(*o*) fr. 26. 34. D. 42. 5.

(*p*) fr. 7. §. 2. 3. fr. 8. D. 16. 3. — fr. 24. §. 2. D. 42. 5.

(*pp*) Paulus I. 21. §. 15. — fr. 45. D. 11. 7.

(*q*) fr. 34. D. 42. 5.

(*r*) fr. 32. D. ibid. Ueber Ausnahmen wegen fr. 38. §. 1. D. 42. 5. und const. 9. C. 5. 12. — const. 12. pr. C. 8. 18. s. v. Vangerow a. a. O.

(*s*) fr. 7. §. 2. 3. D. 16. 3. und dagegen fr. 24. §. 2. D. 42. 5. Beide Stellen sind von Ulpian ad Edictum. S. darüber besonders: Neustetel Röm. rechtl. Unters. S. 27., welcher diesen Widerspruch dadurch zu heben sucht, daß er fr. 7. cit. von dem Falle verstanden wissen will, wo Jemand Geld, welches ihm selbst zum Aufheben gegeben worden ist, wieder bei einem argentarius deponirt hat, das fr. 24. cit. hingegen von dem Falle, wo Jemand sein eigenes Geld bei einem argentarius deponirt hat. Allein man sehe dagegen: Emmerich in Linde's Zeitschr. B. 5. S. 55. — Vergl. auch: Frister l. c. §. 11. 18. — Overbeck Diss. de collocatione depositi. Heidelb. 1806. — W. Th. Kraut de argentariis. Gött. 1826. cap. 11. p. 115. So weit Mackeldey. Fritz Erläut. s. 3. (B. 2. s. 1.) S. 158 ff. hält eine Vereinigung der Stellen für unmöglich und gibt dem fr. 24. den Vorzug. Mehrere neuere Lehr- und Handbücher, namentlich Puchta §. 248 Note *x*, Seuffert §. 254, Arndts §. 227 und v. Keller §. 267, beziehen mit einigen älteren Schriftstellern das fr. 7 auf das reguläre und das fr. 24 auf das irreguläre Gelddepositum. Eine Uebersicht über die verschiedenen Meinungen gibt v. Vangerow a. a. O. Er selbst unterscheidet, im Wesentlichen mit Frister übereinstimmend, drei Fälle, nämlich den Fall, wenn das deponirte Geld noch in specie unversehrt vorhanden ist, den, wenn nichts mehr davon vorhanden ist, und endlich den, wenn zwar noch deponirte Gelder vorhanden sind, aber die verschiedenen Deponenten nicht bestimmen können, welche in specie die ihrigen seien.

(*t*) const. 6. C. 7. 72. Nur ist es streitig, ob nicht der Fiscus mit seiner Forderung auf Strafgelder allen übrigen Gläubigern nachstehen muß. Vergl. fr. 17. D. 49. 14. und const. un. C. 10. 7. mit fr. 37. D. 49. 14. — v. Vangerow a. a. O.

§. 484 k.

c. Anhang. *a.* Alienatio in fraudem creditorum facta (*a*).

Durch Zahlungsunfähigkeit, ja nach Römischem Recht (*aa*) selbst durch cessio bonorum oder missio creditorum in bona, verliert der Schuldner die Fähigkeit, über sein Vermögen zu disponiren, noch nicht, sondern erst dadurch, daß es zum Besten der Gläubiger ordnungsmäßig veräußert wird. Der Prätor stellte indeß den Grundsatz auf: daß, wenn ein Schuldner, der schon insolvent ist, oder es durch die vorhabende Veräußerung wird, sein Vermögen in der bösen Absicht, seinen Gläubigern zu schaden, veräußerte, diese, oder in ihrem Namen der curator bonorum, das Recht haben sollten, auf die Rescission einer solchen Veräußerung anzutragen und das Veräußerte zurückzufordern, oder Schadensersatz deshalb von dem Erwerber zu verlangen. Die besonderen Bedingungen und Voraussetzungen dieser Klage aber sind folgende: 1. Die Veräußerung muß eine solche sein, wodurch der Schuldner sein bereits erworbenes Vermögen verminderte. Wenn er also blos einen Gewinn ausschlug, den er hätte machen können, so findet jene Klage nicht Statt (*b*). 2. Die Veräußerung muß von dem Schuldner fraudationis causa, d. h. in der böslichen Absicht vorgenommen worden sein, um seinen Gläubigern dadurch zu schaden. Ein solcher fraus et dolus des Schuldners ist nun überhaupt dann anzunehmen, wenn derselbe seinen insolventen Zustand kennt und demohnerachtet wissentlich und absichtlich eine Veräußerung blos deshalb vornimmt, um seinen Gläubigern zu schaden; jedoch ist zur Begründung der Klage, wenn die Veräußerung eine onerose war, auch Mitwissenschaft (conscientia fraudis) desjenigen erforderlich, mit welchem der Schuldner contrahirte; war dagegen die Veräußerung eine lucrative, d. h. eine Schenkung, so kommt auf die Mitwissenschaft des Erwerbers nichts an (*c*). 3. Die Klage findet nicht Statt, wenn die Veräußerung blos darin bestand, daß der, wenn gleich insolvente, Schuldner vor erfolgter cessio bonorum oder missio in bona einem seiner Gläubiger eine fällige Schuld bezahlte (*d*), wenn auch dieser Gläubiger im Concurse andern Gläubigern nachgestanden haben würde (*e*). Wohl aber kann sie angestellt werden, wenn der Schuldner einen der Gläubiger erst später bezahlte, oder wenn er früher in böslicher Absicht gegen andere Gläubiger eine noch nicht fällige, oder noch bedingte Schuld bezahlte (*f*), oder dem einen Gläubiger in böser Absicht gegen die andern noch ein Pfandrecht einräumte und jener Gläubiger selbst um diese böse Absicht wußte (*g*).

(*a*) Dig. 42. 8. — §. 6. J. 4. 6. — Cod. 7. 75. — Donelli comm. iur. civ. Lib. 15. c. 41. — Godofr. Lud. Mencke Diss. de actione Pauliana; in eiusd. opusc. nr. 9. — Alb. Ph. Frick de revocandis tam rebus alienatis, quam nummis solutis imminenti aut moto concursu. Helmstad. 1777. — Conr. Sigm. Car. Haenlein de actionis Paulianae natura, requisitis et usu forensi. Onoldi 1785. — G. e. Happel Beobachtungen beim Ausbruche eines Concurses und bei Zurückforderung des vom Schuldner vorher veräußerten Vermögens. Gießen und Darmstadt 1801. — Dabelow vom Concurse der Gläubiger S. 375—477. — Schweppe Syst. des Conc. §. 33. 81—87. — Kori Syst. des Concursproc. S. 56—72. — S. W. Trip Diss. de actione Pauliana. L. B. 1829. — Ed. Schrader in not. ad. §. 6. J. 4. 6. — v. Schröter in Linde's u. Marezolls Zeitschr. B. 6. S. 131 ff. — E. Spangenberg prakt. Erört. B. 1. S. 454. — Francke im Arch. für civ. Pr.

B. 16. S. 125 ff. u. S. 251 ff. — Laspeyres ebendas. B. 21. S. 35 ff. — Unterholzner Schuldverh. B. 2. S. 92 ff. — Koch Recht der Ford. B. 2. S. 753 ff. — v. Vangerow §. 697. — Huschke in der Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. n. F. B. 14. Nr. 1. — Brinz Pand. §. 123. — Arndts Pand. §. 228. — Böcking Grundr. §. 245. — v. Keller Pand. §. 370. — Vergl. auch: GOTTSCHALCK Disc. for. T. 1. c. 36. — CHR. GOTTL. BIENER quaest. c. 1. in eiusd. opusc. ed. FR. AUG. BIENER Vol. II. nr. 18.

(*aa*) fr. 6. §. 7. fr. 10. §. 16. D. 42. 8. — Happel S. 47 ff. — Francke S. 129 ff. — Heut zu Tage wird allerdings dem Schuldner schon durch Eröffnung des Concurses jede Disposition über die Concursmasse ganz entzogen, so daß jetzt Alles, was er später darüber verfügt, ipso iure ungültig ist und es dieser Klage nur noch wegen solcher Handlungen bedarf, die der Eröffnung des Concurses vorausgegangen sind.

(*b*) fr. 6. pr. §. 1—5. D. 42. 8. — const. 2. 3. C. 7. 75. — arg. fr. 28. pr. D. 50. 16. Nur der Fiscus kann sie auch in diesem Falle, aber auch nur zu seinem Vortheile, anstellen. fr. 45. pr. D. 49. 14.

(*c*) fr. 1. pr. §. 2. fr. 6. §. 8. 11. fr. 17. §. 1. D. 42. 8. — const. 5. C. 7. 75.

(*d*) fr. 6. §. 6. 7. fr. 10. §. 16. fr. 24. D. 42. 8. — fr. 15. D. 15. 1. Auf eine datio in solutum läßt sich dies nicht ausdehnen, weil diese keine reine Zahlung, sondern im Grunde Nichts weiter ist, als eine auf besonderer Uebereinkunft beruhende Veräußerung einer Sache zur Befriedigung des Gläubigers. fr. 4. §. 31. D. 44. 1. — fr. 24. pr. D. 13. 7. — const. 4. C. 8. 45. — const. 9. C. 4. 44. vergl. fr. 2. §. 1. D. 12. 1. — const. 16. C. 8. 43. — Francke a. a. O. S. 262. — v. Vangerow a. a. O. — v. Bayer Concursproc. S. 70 Note 9. — A. M. Puchta Pand. §. 380 u. dessen Vorles. dazu. — Brinz a. a. O.

(*e*) Die Ausnahme, welche man gewöhnlich wegen fr. 24. D. 42. 8. u. fr. 6. §. 2. D. 42. 5. macht, daß die Klage wegen einer vom Schuldner geleisteten Zahlung wenigstens dann zuläßig sein solle, wenn der Schuldner durch jene Zahlung eine besondere Gratification gegen den befriedigten Gläubiger zum Nachtheile anderer, gleich wachsamen, Gläubiger ausgeübt habe, läßt sich nicht rechtfertigen. Spangenberg a. a. O. S. 457. u. Francke a. a. O. S. 134. 251. Nur der Fiscus würde unter jener Voraussetzung eine solche Zahlung anzufechten berechtigt sein. fr. 18. §. 10. fr. 21. D. 49. 15. Andere Gläubiger auch dann nicht, wenn dem bezahlten Gläubiger die Absicht des Schuldners, ihn zu begünstigen, bekannt war. A. M.: Laspeyres a. a. O. S. aber v. Vangerow a. a. O.

(*f*) Francke a. a. O. S. 266. Vergl. v. Vangerow a. a. O.

(*g*) fr. 6. §. 6. fr. 22. D. 42. 8. — Spangenberg S. 459. — Francke S. 259.

§. 484 l.

β. Pauliana actio und Interdictum fraudatorium.

Die prätorische Klage, die in Fällen der angegebenen Art zuläßig ist, steht: 1. den Gläubigern zu, welche durch die Veräußerung verletzt sind, und kann auch in deren Namen vom curator bonorum angestellt werden (*a*). 2. Sie kann in der Regel nur gegen denjenigen angestellt werden, mit welchem der Schuldner contrahirt (*b*). Gegen den dritten Besitzer der veräußerten Sache findet sie nur dann Statt, wenn dieser bei der Erwerbung der Sache in mala fide war (*c*). 3. Sie geht auf Aufhebung des Geschäfts und Restitution der Sache mit allem Zubehör (*d*). Nur wenn der Beklagte in bona fide war, haftet er blos insoweit, als er reicher geworden ist (*e*). 4. Die Klage dauert nur einen annus utilis (*f*). Nach Ablauf dieser Frist findet sie nur insoweit Statt, als der Beklagte durch den Betrug des Schuldners reicher geworden ist, und in dieser Beziehung dauert sie nach Justinianeischem Recht 30 Jahre (*g*). 5. Eine prätorische Klage, von welcher die angegebenen Regeln gelten, wird in den Quellen häufig als actio in factum bezeichnet. Nur einmal kommt im Corpus juris (*h*) der Ausdruck Pauliana actio vor. Daneben finden sich noch Spuren von einem hieher gehörigen ehemaligen Interdicte, das den Namen fraudatorium führt (*i*) (*k*).

(a) fr. 1. pr. Dr. 42. 8.
(b) Wie weit es darauf ankommt, ob dieser Beklagte mala fide gehandelt hat, darüber s. §. 484 k. Note c.
(c) fr. 9. D. 42. 8. Auch in diesem Falle hält sie für unzulässig Huschke a. a. O. S. 58. Nur der Fiscus kann sie auch gegen den dritten Besitzer in gutem Glauben anstellen, ohne Unterschied, ob dieser die Sache titulo lucrativo oder oneroso erwarb. fr. 45. pr. D. 49. 14.
(d) fr. 10. §. 19—22. D. 42. 8.
(e) fr. 6. §. 11. fr. 25. §. 1. D. ibid.
(f) fr. 1. pr. fr. 6. §. 14. D. ibid.
(g) fr. 10. §. 21. ibid.
(h) Nämlich in fr. 38. §. 4. D. 22. 1. Aber auch bei Theophilus ad §. 6. J. 4. 6.
(i) fr. 67. §. 1. D. 36. 1. — fr. 96. pr. D. 46. 3. Die Formel dieses Interdictes wird offenbar mitgetheilt in dem ersten größeren Theile von fr. 10. pr. D. 42. 8.
(k) Früher nahm man allgemein an, die beiden ersten Bezeichnungen beziehen sich auf eine und dieselbe Klage, die man regelmäßig Pauliana nannte, jedoch war man nicht einig darüber, ob die Pauliana immer eine persönliche Klage sei, oder ob sie in gewissen Fällen zu den actiones in rem gehöre, wofür man sich namentlich auf §. 4. J. 4. 6. berief. In neuester Zeit hat aber Huschke a. a. O. zu zeigen gesucht, daß es sich um drei oder vielmehr vier verschiedene Rechtsmittel handle, nämlich um die zuerst eingeführte actio Pauliana, eine universelle actio in rem rescissoria, eingeführt durch das in fr. 1. pr. D. 42. 8. mitgetheilte Edict, sodann um das Interdict, dessen Formel in fr. 10. pr. cod. tit. sich findet, und um zwei gleichzeitig mit demselben von dem Prätor P. Rutilius eingeführte actiones in factum, wovon die eine in fr. 10. pr. cit. in f. zugesagt wird, während die Edictsstelle, welche die andere zusagt, nicht in die Pandekten aufgenommen und auch nicht auf anderem Wege auf uns gekommen sei. Diese Rechtsmittel sollen sich nun in ihren Voraussetzungen und Wirkungen in mehreren Punkten von einander unterschieden haben und diese Unterschiede auch im Justinianeischem Rechte noch theilweise fortdauern; aber gegen diesen Theil der Huschke'schen Auffassung sind erhebliche Einwendungen gemacht worden. S. namentlich Brinz a. a. O. und vergl. Arndts a. a. O., Böcking a. a. O. und v. Keller a. a. O. Vergl. jetzt auch: Voigt über die condictiones ob causam und über causa und titulus im Allgemeinen. Leipz. 1862. §. 83 und besonders Note 744.

Vierter Abschnitt.

Von der Beendigung der Obligationen (a).

§. 485.

Verschiedene Klassen von Beendigungsarten.

Bei den Ausdrücken Beendigung und Aufhebung einer oblgatio denkt man zunächst an ein nachfolgendes Ereigniß, welches bewirkt, daß ein Obligationsverhältniß, das bisher bestanden hat, wirklich aufhört, so daß es also nicht mehr existirt. Es gibt aber auch Fälle, in welchen ein nachfolgendes Ereigniß dem Schuldner nur das Recht gewährt, zu verlangen, daß die obligatio, die noch besteht, nicht mehr geltend gemacht werde (b). In Fällen der ersten Art, zu welchen z. B. die solutio, die novatio und die acceptilatio gehören, sagen die Römer: obligatio ipso iure tollitur; in denen der zweiten Art, zu welchen z. B. das pactum de non petendo gehört, sagen sie: obligatio exceptione summovetur (c). Der durch den letztern Ausdruck angedeutete processualische Unterschied, der darin bestand, daß hier der Schuldner, der aus der Forderung noch belangt wurde, sich einer exceptio bedienen mußte,

um die Abweisung des Klägers durch den Richter verlangen zu können, während dieß dort unnöthig war, weil gar kein Klagerecht mehr existirte, trat bei den bonae fidei actiones schon in dem Verfahren per formulam weniger hervor, weil bei ihnen der Beklagte die Exceptionen nicht von der Obrigkeit besonders erbitten mußte (§. 200 Note *e*.), und seit der Abschaffung der formulae fällt er auch sonst weniger in die Augen als früher (§. 200 am E.). Indessen hört er doch auch im Justinianeischen Rechte nicht ganz auf, und noch weniger fallen die Unterschiede hinweg, die sich schon aus den Begriffen der beiden Klassen von Beendigungsarten ergeben, z. B. der, daß eine obligatio, die einmal ipso iure aufgehoben ist, nicht durch ein späteres Ereigniß wieder aufleben kann (*d*), während da, wo eine obligatio nur ope exceptionis summoveri potest, Ereignisse eintreten können, durch welche die exceptio unzulässig oder eine replicatio dagegen begründet wird, so daß nun die alte obligatio, die fortwährend bestand, auch wieder vollkommen wirksam ist (*e*). — Die Beendigungsarten der Obligationen zerfallen ferner in allgemeine, d. h. solche, welche bei allen Arten von Obligationen, diese mögen entstanden sein, wie sie wollen, eintreten können, und in besondere, wodurch nur die auf gewisse Art entstandenen Obligationen aufgehoben werden können. Zu jenen gehören z. B. die solutio, die novatio und das pactum de non petendo, zu diesen die acceptilatio, welche eine verborum obligatio, und der contrarius consensus, welcher ein durch bloßen Consens entstandenes Obligationsverhältniß voraussetzt. — So wenig man aber diese beiden Unterscheidungen übersehen darf, so wenig gibt eine derselben eine hinreichende Veranlassung, die Beendigungsarten der Obligationen in zwei verschiedenen Kapiteln abzuhandeln.

(*a*) Inst. 3. 29. (30.) — Donelli comm. iur. civ. Lib. 16. — Albr. Hummel Berichtigung der gewöhnlichen Theorie über die Arten Verbindlichkeiten aufzuheben. Gießen 1804.

(*b*) Hummel a. a. O. — v. Dabelow Handb. B. 1. §. 94 ff. — v. Löhr in s. Magaz. B. 4. (2.) S. 146. — Thémis T. 6. p. 7—14. — Warnkoenig Comment. vol. 1. §. 86. — Mühlenbruch Lehrb. des Pandektenr. §. 463. — Büchel civilrechtl. Erört. B. 2. Abh. 1. S. 1. und besonders S. 20 ff. — Roßhirt in s. Zeitschr. B. 2. S. 10 ff. — Fritz Erläut. H. 3. (B. 2. H. 1.) S. 376 ff.

(*c*) S. z. B. Gajus III. §. 168—181. IV. §. 116. 117. — §. 2—5. J. 4. 13.

(*d*) Indessen kann eine neue begründet werden. fr. 27. §. 2. D. 2. 14. — fr. 72. pr. D. 18. 1.

(*e*) fr. 95. §. 2. D. 46. 3. — Gaj. IV. §. 126. — pr. J. 4. 14. — fr. 22. §. 1. D. 44. 1. — fr. 4. §. 4. D. 2. 11. — fr. 12. D. 46. 2.

§. 486.

I. Solutio. A. Begriff.

Zu den Aufhebungsgründen gehört: I. die solutio (*a*) im engern Sinne (*b*), welche darin besteht, daß dem Gläubiger gerade dasjenige gegeben oder geleistet und von ihm angenommen wird, was den Gegenstand der Obligation ausmacht (*c*).

(*a*) Dig. 46. 3. — Cod. 8. 43. — pr. J. 6. 29. (30.) — Donelli comm. iur. civ. Lib. 16. c. 9—12. — Joh. Gottfr. Amad. Weidner die Lehre von der Zahlung und Angabe an Zahlungsstatt. Jena 1709. — J. J. Dubois Diss. de solutione. Lovan. 1826. — Koch Recht der Ford. B. 2. S. 558 ff. — Unterholzner Schuldverh. B. 1. S. 460 ff. — Molitor les obligations. T. 3. p. 195 seqq.

(*b*) Denn im weiteren Sinne bedeutet solutio jede Auflösung einer bestehenden Obligation, sie erfolge, auf welche Art sie wolle. fr. 54. D. 46. 3. — fr. 176. D. 50. 16.

(*c*) fr. 176. D 50. 16. — fr. 49. D. 46. 3. — Gewöhnlich übersetzt man solutio heut zu Tage durch: Zahlung. Allein dieser Ausdruck ist zu eng, weil man dabei gewöhnlich nur an Zahlung einer Geldschuld denkt.

§. 487.

B. Erfordernisse derselben. 1. In Rücksicht der Personen.

Jede solutio erfordert, wenn sie gültig und wirksam sein soll, in Ansehung der Personen: 1. daß derjenige, welcher sie leistet, zu veräußern berechtigt ist (*a*). Unter dieser Voraussetzung hat aber auch eine von einem Andern für den Schuldner, selbst wider dessen Wissen und Willen, wenn nur in der Absicht, den Schuldner dadurch zu befreien, geleistete und vom Gläubiger angenommene solutio rechtliche Wirkung (*b*). 2. Sie muß dem wahren Gläubiger oder dem Bevollmächtigten desselben (*bb*) geleistet werden (*c*), und dabei wird ebenfalls vorausgesetzt, daß der Gläubiger zu veräußern berechtigt sei, indem die Annahme einer solutio, weil dadurch eine bisherige obligatio aufhört, eine Veräußerung in sich enthält (*d*).

(*a*) §. 2. in fin. J. 2. 8. — fr. 14. §. 8. D. 46. 3. — fr. 29. D. 12. 6. — Weber von der nat. Verb. §. 128.

(*b*) pr. J. 3. 29. (30.) — fr. 8. §. 5. D. 46. 2. — fr. 23. 40. 53. D. 46. 3. — Jo. Nic. Hert de solutione pro alio facta. Giess. 1701. et in Eiusd. comm. et opusc. Vol. 2. T. 3. pag. 195.

(*bb*) Auch dem solutionis causa adiectus kann sie geleistet werden. So heißt nämlich der Dritte, an welchen nach der Bestimmung des Vertrages, wodurch die Forderung contrahirt wurde, gezahlt werden kann, ohne daß er Gläubiger ist. An ihn kann in der Regel auch gegen den Willen des Gläubigers gültig gezahlt werden, nicht aber an einen gewöhnlichen Mandatar. §. 4. J. 3. 19. (20.) — fr. 131. §. 1. D. 45. 1. — fr. 98. §. 5. D. 46. 3. — Erörterungen über den adiectus: Brandis im Rhein. Mus. B. 5. Nr. 11. S. auch Fritz Erläut. a. a. O. S. 384 ff. und v. Vangerow a. a. O. Anm. 2. Ueber fr. 118. §. 2. D. 45. 1. s. Mommsen Beitr. B. 2. S. 85.

(*c*) fr. 39. D. 3. 5. — fr. 12. pr. fr. 32. fr. 34. §. 7. fr. 38. §. 1. fr. 59. D. 46. 3. — Wird die Zahlung einem Dritten geleistet, so wird der Schuldner nur dann dadurch unmittelbar frei, wenn der Gläubiger seine Einwilligung zu der Zahlung an den Dritten entweder vorher gibt, oder dieselbe nachher ratihabirt, fr. 49. 58. 64. D. 46. 3. Ueber den besonderen Fall, wenn an den Gläubiger des Gläubigers bezahlt wird, s.: fr. 11. §. 5. D. 13. 7. und fr. 6. D. 44. 4. — Fritz a. a. O. S. 383. — v. Vangerow §. 582. Anm. 1. Vergl. auch: Müller im Arch. für civ. Pr. B. 15. S. 263. — Sintenis Civilr. B. 2. §. 103. Note 75. — Busch im Arch f civ. Pr. B. 31. S. 12 ff. — v. Keller Pand. §. 268.

(*d*) fr. 15. D. 46. 3. — §. 2. J. 2. 8. Der Vormund bedarf außerdem zur Empfangnahme von Capital-Zahlungen und zur Erhebung von Zinsen, wenn sie über zwei Jahre rückständig sind, oder die Summe von 500 solidi übersteigen, der Autorisation des Gerichts, welche der Schuldner nachzusuchen hat. const. 25. 27. C. 5. 37. und darüber: Hepp in Elvers' allg. jur. Zeit. 1830. Nr. 63. 64., sowie die oben §. 205 d. Note *g* citirten Schriftsteller.

§. 488.

2. In Rücksicht des Gegenstandes.

Soviel den Gegenstand der solutio anbetrifft, so muß 1. gerade das geleistet werden, was den Gegenstand der Forderung ausmacht, indem der Gläubiger wider seinen Willen der Regel nach eine andere Sache an Statt derjenigen, welche er zu fordern hat, nicht anzunehmen braucht. Wenn indeß der Schuldner eine Geldsumme zu zahlen hat, der Gläubiger ihn

drängt und jener auf keine Art Geld anzuschaffen weiß, so ist es ihm erlaubt, dem Gläubiger seine besten Sachen an Zahlungsstatt anzubieten und sie ihm nach gerichtlicher Schätzung zu seiner Befriedigung zu überlassen. Dieß nennt man das beneficium dationis in solutum (*a*). 2. Die Schuld muß ganz bezahlt werden, sonst wird der Schuldner nicht ganz frei. Auch braucht der Gläubiger eine Stückzahlung in der Regel nicht anzunehmen (*aa*), und wenn er sie freiwillig annimmt, oder annehmen muß, so wird dadurch die Zulässigkeit der sonst begründeten Rechtsmittel wegen des Restes nicht aufgeschoben. Doch leidet dieß eine Ausnahme bei denjenigen Personen, welchen das s. g. beneficium competentiae (*aaa*) zusteht, oder welche, wie die Römer sich ausdrücken, nur in id, quod facere possunt, condemnirt werden. Von diesen kann der Gläubiger die Erfüllung ihrer Schuld nur insoweit verlangen, als ihnen dadurch der nothwendige Unterhalt nicht entzogen wird (*b*). Diese, ihrer Natur nach höchst persönliche und daher weder den Erben (*c*) noch den Bürgen des Schuldners (*d*) zu Statten kommende, Rechtswohlthat steht zu: den Ehegatten unter sich (*e*); den Eltern in Beziehung auf ihre Kinder (*f*); den Mitgliedern einer Societät unter sich in Ansehung desjenigen, was Einer dem Andern aus der Societät schuldig ist (*g*); dem Schwiegervater wegen der versprochenen dos, so lange die Ehe dauert, im Verhältniß zum Schwiegersohne (*h*); den Soldaten (*i*); dem auf die Erfüllung der Schenkung in Anspruch genommenen Schenker (*k*); demjenigen, der sein ganzes Vermögen seinen Gläubigern abgetreten hat, in Ansehung desjenigen, was er nachher wieder erwirbt (*l*); demjenigen, welcher vor Kurzem erst aus der väterlichen Gewalt ausgetreten ist, in Ansehung der während derselben contrahirten Schulden, wenn er von seinem Vater wenig oder Nichts geerbt hat (*m*). 3. Die solutio muß zur gehörigen Zeit und am gehörigen Orte geschehen. Ist über den Ort (*n*) Etwas ausgemacht, so bleibt es dabei, wo nicht, so kann vor erhobenem Proceß die Zahlung an jedem schicklichen Orte gemacht oder verlangt werden (*o*), nachher aber nur da, wo geklagt worden ist (*p*). Geht die Forderung auf eine bestimmte species, so braucht sie in der Regel nur da erfüllt zu werden, wo dieselbe sich ohne dolus des Beklagten befindet (*q*).

(*a*) fr. 2. §. 1. D. 12. 1. „Aliud pro alio invito creditori solvi non potest." — Gajus III. §. 168. — pr. J. 3. 29. (30.) — 1. Ueber *datio in solutum* sehe man: const. 16. 17. C. 8. 43. — Nov. 4. cap. 3. — Marezoll in Löhr's Mag. B. 4. (2.) S. 230. — G. A. Blumenthal Diss. de datione in solutum. Gött. 1830. — Rubo in Kamptz Jahrbuch B. 22. S. 3 ff. — 2. Ueber den Fall, wenn Jemand mehrere Posten schuldig ist und abschägliche Zahlung leistet: fr. 1—8. fr. 89. §. 2. fr. 97. fr. 103. D. 46. 3. — const. 1. C. 8. 43. — Chr. Gottl. Gmelin Diss. de graviori causa in quam a debitore ex pluribus causis solutio facta esse praesumitur. Tubing. 1801. — G. L. Funke Beitrag zur Erört. prakt. Rechtsmat. Chemnitz 1830. S. 190. — Göschen Grundr. S. 237. — v. Buchholtz jur. Abh. Nr. 28. — Fritz a. a. O. S. 391 ff. — Unterholzner Schuldverh. B. 1. S. 463 ff. — v. Vangerow §. 589. — Ueber den Fall, wenn die Zahlung aus dem Verkaufspreise des Pfandes erfolgt: fr. 35. pr. D. 13. 7. 5. §. 2. fr. 73. fr. 96. §. 3. fr. 97. fr. 106. §. 1. D. 46. 3. — fr. 55. D. 46. 1. — Cujacius ad L. 101. §. 1. D. de solut., in eiusd. Recitt. ad Paulum (Oper. post. T. 3. p. 92. 93.). *Idem* ad L. 96. §. 3. D. de solut., in eiusd. Comm. ad Papiniani resp. Lib. 11. (Ibid. T. 1. p. 518.) — Weber von der nat. Verb. §. 128.

(*aa*) fr. 41. §. 1. D. 22. 1. — Gesterding Nachforsch. Th. 3. S. 410. — Fritz Erläut. H. 3. S. 106. ff. — Sintenis Civilr. B. 2. §. 84. Note 41. — v. Savigny Obl.-R. B. 1. S. 322.

(*aaa*) Jo. Aug. Hellfeld Diss. de beneficio competentiae ex proprio aeque ac tertii iure. In opusc. nr. 25. — Schöman Handb. des Civilr. B. 2. nr. 4. — Dabelow vom Concurse S. 159—178. S. 506—516. — Göschen Grundr. S. 216. — Dessen Vorles. B. 2. §. 212 u. 213. — Holtius in der Thémis T. 1. p. 387. — Francke im Arch. für civ. Pr. B. 23. Nr. 14. — Sintenis in Linde's Zeitschr. B. 15. Nr. 13. — Unterholzner Schuldverh. B. 1. §. 181 ff. — Sintenis Civilr. B. 2. §. 91. — v. Vangerow §. 174.

(*b*) Ursprünglich bestand diese Rechtswohlthat darin, daß die Verurtheilung auf das beschränkt werden mußte, was der Schuldner zur Zeit derselben im Vermögen hatte; von dem Reste wurde er frei. Im Laufe der Zeit kam es aber auf der einen Seite dahin, daß er den Rest schuldig bleibt, und wenn er wieder Vermögen erwirbt, nachzahlen muß, und auf der andern Seite dahin, daß er auch sein gegenwärtiges Vermögen nie ganz herzugeben braucht, sondern so viel davon behalten darf, als zu seinem Unterhalt nothwendig ist. fr. 82. D. 35. 2. — fr. 21. D. 42. 1. — fr. 49. D. 2. 14. — §. 37. J. 4. 6. — Theophil. ad h. l. — fr. 19. §. 1. D. 42. 1. — fr. 173. pr. D. 50. 17. — S. Holtius l. c. und die angeführten späteren Schriftsteller.

(*c*) fr. 25. D. 42. 1.

(*d*) fr. 24. pr. ibid. — fr. 63. §. 1. D. 17. 2.

(*e*) fr. 20. D. 42. 1. In größerer Ausdehnung findet die Rechtswohlthat Statt, wenn es sich um die Rückforderung der dos handelt. §. 37. J. 4. 6. — const. un. §. 7. C. 5. 13. S. unten §. 524 Note *f*.

(*f*) fr. 16. in fin. ibid. — §. 38. J. ibid. Häufig gestattete man sie bisher auch den Geschwistern, arg. fr. 63. pr. D. 17. 2. wegen der Worte „ius fraternitatis."

(*g*) fr. 63. pr. cit. — fr. 16. 22. §. 1. D. 42. 1. — §. 38. J. 4. 6. — Gans im Arch. für die civ. Pr. B. 2. Nr. 21. — Gensler ebendas. Nr. 22. — Gans ebendas. Nr. 33. — Glück Comm. Th. 15. S. 428 ff. — Fritz a. a. O. S. 118 ff. — Marezoll in s. und Linde's Zeitschr. B. 14. Nr. 9. — v. Vangerow a. a. O.

(*h*) fr. 21. 22. pr. D. 42. 1. — Wie es nach getrennter Ehe steht, darüber s. fr. 84. D. 23. 3.

(*i*) fr. 6. pr. fr. 18. D. 42. 1.

(*k*) fr. 19. §. 1. ibid.

(*l*) fr. 4. 6. 7. D. 42. 3. — §. 40. J. 4. 6. Gegen Diejenigen, denen er erst nach der Cession Etwas schuldig geworden ist, hat er diese Rechtswohlthat nicht. §. 40. cit. — Theophil. ad h. l. — const. 3. C. 7. 72. — A. M.: Thibaut civ. Abh. S. 350. ff. wegen fr. 4. cit. §. 1. Allein diese Stelle ist entweder, wie Mackeldey und Andere behaupten, auf diejenigen älteren Gläubiger zu beziehen, denen aus der cessio bonorum Nichts zugekommen ist, oder sie referirt nur eine nicht recipirte Ansicht von Sabinus und Cassius.

(*m*) fr. 2. pr. D. 14. 5. — fr. 49. D. 42. 1. — const. 2. 9. C. 4. 26.

(*n*) §. 33. J. 4. 6. — Dig. 13. 4. — Cod. 3. 18. — Wening Civilr. B. 3. §. 25. 26. — Thibaut System §. 95. 96. — Bethmann-Hollweg Vers. S. 17 ff. — — Fritz a. a. O. S. 122 ff. — Unterholzner Schuldverh. B. 1. S. 222 ff. — v. Savigny System B. 8 §. 370. Obl.-R. B. 1. §. 49. — F. Mommsen Beitr. B. 3. S. 219 ff. — E. F. Reatz die Lehre vom Erfüllungsort. Gießen 1862. — Ueber die actio de eo, quod certo loco dari oportet (Dig. 13. 4.) s. man: Gans Obl.-R. S. 71. — Bethmann-Hollweg S. 35. ff. — Fritz a. a. O. — Unterholzner a. a. O. S. 355 ff. — Ueber fr. 8. 10. D. 13. 4. insbesondere s.: Glück Comm. Th. 13. S. 341. ff.

(*o*) fr. 39. D. 46. 3.

(*p*) fr. 47. pr. §. 1. D. 30. — fr. 38. D. 5. 1. — fr. 22. D. 12. 1.

(*q*) fr. 38. cit. — fr. 11. §. 1. D. 10. 4. — fr. 12. §. 1. D. 16. 3. — Vergl. fr. 10—12. D. 6. 1.

§. 489.

C. Wirkung der solutio.

Die Wirkung der solutio besteht darin, daß die Forderung des Gläubigers erlischt. Damit hören denn zugleich auch alle accessorischen Rechte des-

selben auf, die blos zur Sicherheit jener Forderung dienten, namentlich die Pfandrechte und Bürgschaften (*a*).

(*a*) pr. J. 3. 29. (39.) — fr. 43. D. 46. 3. — Donelli comm. iur. civ. Lib. 16. c. 12. 26.

§. 490.

D. Beweis der solutio.

Wer behauptet, dasjenige, was er schuldig war, geleistet zu haben, muß dieß im Leugnungsfalle beweisen. Dieser Beweis kann durch alle erlaubten Beweismittel, namentlich durch Zeugen (*a*), Eidesdelation und besonders durch Quittungen (apochae) geführt werden (*b*). Ist die Quittung von einem öffentlichen Beamten ausgestellt, so beweist sie sogleich; sonst hat sie erst nach dreißig Tagen volle Beweiskraft; bis dahin kann ihr die exceptio non solutae pecuniae vom Aussteller entgegengesetzt werden (*c*). Auch braucht derjenige, welcher öffentliche Abgaben zu bezahlen hat, wenn er die Quittungen der drei letzten Jahre vorlegt, nicht mehr zu beweisen, daß er auch die Abgaben der früheren Jahre bezahlt habe, es wäre denn, daß er ein schriftliches Bekenntniß über den Rückstand derselben ausgestellt hätte (*d*).

(*a*) Wenn indeß der Schuldner über seine Schuld ein schriftliches Bekenntniß ausgestellt hat und, ohne Quittung erhalten zu haben, den Beweis der Zahlung durch Zeugen führen will, so sind dazu fünf erforderlich. const. 18. C. 4. 20. — Nov. 90. c. 2. Linde in s. Zeitschr. B. 1. S. 241. — Gesterding im Arch. f. civ. Pr. B. 4. Nr. 4. — v. Holzschuher Theorie B. II. 2. S. 170.

(*b*) Cod. 10. 22. — Nov. 90. c. 2. — Ueber die Frage: kann der Schuldner eine Quittung fordern? s. man: const. 18. C. 4. 20. — const. 19. C. 4. 21. — const. 1. §. 2. C. 10. 22. — Gesterding a. a. O. S. 16. und in Dessen Nachforschungen Th. 3. S. 427. — Linde a. a. O. S. 244 ff. — Seuffert Arch. B. 1. S. 330. — Busch im Arch. f. civ. Pr. B. 31. S. 1 ff. — Rudloff ebendas. B. 45. Nr. 7.

(*c*) const. 4. C. 10. 22. — const. 14. §. 1. 2. C. 4. 30. Auf urkundliche Schulden beschränkt dieses Gneist die form. Vertr. S. 31. Ganz abweichende Ansichten haben: Bähr die Anerkennung S. 314 ff. — Schlesinger Formalcontracte S. 180 ff. besonders S. 259 ff. S. 279 ff. und S. 321.

(*d*) const. 3. C. 10. 22. — Gewöhnlich, wenngleich ohne hinlänglichen Grund, wendet man dies jetzt auch in den Fällen an, wo Jemand an Privatpersonen terminliche Gefälle, Renten oder Zinsen zu zahlen hat. v. Bülow Abhandl. Th. 2. nr. 21. — Gesterding im Arch. für civ. Pr. B. 4. S. 9. und in Dessen Nachforschungen Th. 3. S. 439. — Seuffert's Arch. B. 1. §. 34. — Arndts Pand. §. 268. Dagegen z. B. Sintenis Civilr. §. 103. Note 93.

§. 491.

II. Gerichtliche Deposition.

II. Das Anbieten und die darauf erfolgte gerichtliche Niederlegung des schuldigen Geldes. 1. Wenn nämlich der Gläubiger die ihm vom Schuldner auf die gehörige Art, zur rechten Zeit und am rechten Orte angebotene Zahlung des schuldigen Geldes anzunehmen ohne Grund sich weigert, so kann der Schuldner dasselbe gerichtlich deponiren. Diese Deposition vertritt alsdann die Stelle der solutio und macht, wie diese, der Forderung ein Ende (*a*). Sie hängt in der Regel von der Willkür des Schuldners ab, ist aber nothwendig, um z. B. den Lauf der Zinsen, die keine Verzugszinsen sind, zu hemmen (*b*). Auch behält der Schuldner das Recht, die deponirte Summe, so lange sie vom Gläubiger noch nicht in Empfang genommen ist,

zurückzunehmen und dadurch sein früheres Schuldverhältniß in allen seinen Theilen, namentlich auch in Ansehung der Zinsen, wieder herzustellen (*c*). 2. Damit übrigens der Schuldner frei von der Schuld werde, ist in der Regel Beides, oblatio et depositio, erforderlich; es gibt aber auch Fälle, wo Eins oder das Andere hinreicht. Dahin gehört: a) wenn Jemand geringe Zinsen, für den Fall aber, daß er sie nicht an einem bestimmten Tage zahlen würde, höhere versprochen hat, so befreit ihn die bloße Oblation von den nachtheiligen Folgen des Verzugs (*d*); b) wenn der Schuldner dem Gläubiger nicht mit Sicherheit zahlen kann, z. B. weil dieser noch unmündig und noch kein Vormund für ihn bestellt ist, oder weil der Richter Arrest auf die Forderung des Gläubigers gelegt hat, oder weil Mehrere sich um dieselbe streiten, so genügt die bloße Deposition, um den Schuldner von der Schuld zu befreien (*e*).

(*a*) const. 9. C. 8. 43. Vergl. fr. 72. pr. D. 46. 3. — const. 19. C. 4. 32. — Ge. Schultz tract. de oblatione, obsignatione et depositione pecuniae. Ed nov. Brem. 1775. — Franc. Tidemann Diss. de depositione debiti iudiciali. Gött. 1776. — Ueber die Frage, wie es zu halten ist, wenn die Schuld keine Geldschuld ist, vergl.: Zimmern im Arch. für die civ. Pr. B. 3. nr. 9. — Thibaut ebend. B. 5. S. 332. — v. Madai Mora S. 466. ff. — Fritz a. a. O. S. 426 ff. — Ueber den Fall, wenn nach der Deposition Concurs über das Vermögen des Schuldners ausbricht: Spangenberg in Linde's Zeitschr. B. 1. Nr. 6. (Auch in s. prakt. Erört. B. 1. S. 106. Darüber: Bornemann in den Erg.=Bl. der allg. L.=Z. 1833. Nr. 57. S. 455.)

(*b*) fr. 7. D. 22. 1. — const. 6. 9. 19. C. 4. 32. — const. 9. C. 8. 43.

(*c*) const. 8. C. 8. 28. — const. 19. C. 4. 32.

(*d*) fr. 9. §. 1. D. 22. 1. — const. 9. C. 4. 32. Hier wird die Bedingung, unter welcher die höheren Zinsen versprochen sind, als nicht eingetreten angesehen.

(*e*) fr. 7. §. 2. D. 4. 4. — fr. 18. D. 22. 1. — Kind quaest. for. Ed. 1. Tom. 2. c. 44. Ed. II. T. 4. c. 21.

§. 492.

III. Compensation.

III. Die Compensation (*a*). Wenn sich zwei Personen gegenseitig Geld oder andere Sachen, bei denen es auf Quantität ankommt, von derselben Gattung schuldig sind (*aa*), und die eine, gerichtlich belangt, die Abrechnung verlangt, so erlöschen ihre gegenseitigen Forderungen mit der Wirkung, als ob sie in dem Augenblicke, wo sie einander zuerst gegenüberstanden und fällig waren, beide bezahlt worden wären (*b*). Sind die Forderungen und Gegenforderungen auf eine gleiche Summe oder Quantität gerichtet, so erlöschen beide ganz. Sind hingegen die Summen verschieden, so erlischt die größere Forderung nur insoweit, als sie durch die kleinere, ihr gegenüberstehende gedeckt wird (*c*). Woher die Forderungen entstanden sind, ist gleichgiltig, und selbst eine naturalis obligatio kann zur Compensation benutzt werden, nicht aber eine von den Gesetzen gänzlich reprobirte Forderung (*d*). Uebrigens kommt die Compensation aus giltigen Forderungen auch dem Erben, Bürgen, Cessionar und debitor cessus zu Statten (*e*); sie findet aber ausnahmsweise, wenn auch ihre übrigen Voraussetzungen vorhanden sind, nicht Statt, wenn derselben entsagt worden ist, wenn Jemand dem Fiscus Steuern oder Kaufgelder schuldig geworden ist (*f*), wenn ein Depositar mit der desposito actio in Anspruch genommen wird (*g*) und bei widerrechtlichen Besitzergreifungen (*h*).

(*a*) Dig. 16. 2. — Cod. 4. 31. — §. 30. 39. J. 4. 6. — PAULUS II. 5. §. 3. — DONELLI comm. iur. civ. Lib. 16. c. 15. — P. H. ANKELMANN Diss. de compensatione et speciatim de debito tertii compensando. Gött. 1791. — Weber von der nat. Verbindl. §. 128. — LUD. PETR. FENDIUS Diss. de compensationibus. Leodii 1818. — D. N. LA GRAPPE Diss. de compensationibus ex iuris Romani et hodierni principiis. Lugd. Bat. 1822. — AD. AUG. ALLARD Diss. de compensationibus. Tornaci 1825. (Darüber: Hepp in der Tüb. krit. Zeitschr. für RW. B. 4. S. 237.) — CAR. EINERT Pr. de compensat. spec. 1. Lips. 1830. — A. O. Krug die Lehre von der Compensation. Leipz. 1833. (Darüber: [Fuhr] in Schunck's Jahrb. B. 27. S. 109 ff. S. 217 ff.) — Ferd. Hartter das römisch-deutsche Recht der Compensation. München 1837. — Heimbach in Weiske's Rechtslex. B. 2. S. 722 ff. — Krug im Arch. für civ. Pr. B. 25. S. 211 ff. — Sintenis in Linde's Zeitschr. B. 18. S. 1 ff. — Hartter das. B. 19. S. 143 ff. — A. Brinz die Lehre von der Compensation. Leipz. 1849. — v. Scheurl Beitr. B. 1. S. 149 ff. — Fuhr im Arch. f. prakt. RW. B. 1. S. 121 ff. — H. Dernburg die Compensation nach R. R. Heidelb. 1854. — Brinz Pand. B. 1. §. 149. und in Bekker's und Muther's Jahrb. B. 1. Nr. 2. — Ubbelohde über den Satz: ipso iure compensatur. Gött. 1858. — Koch Recht der Ford. B. 2. S. 627 ff. — Unterholzner Schuldverh. B. 1. S. 547 ff.

(*aa*) Daß nach Justinianeischem Rechte (const. ult. C. 4. 31.) auch bei solchen Ansprüchen, die auf ungleichartige Gegenstände gerichtet sind, Compensation stattfinde, sucht zu vertheidigen Valett Abhandl. nr. 3.

(*b*) fr. 1. 3. D. 16. 2. — const. 4. 14. C. 4. 31. — Aus der Geschichte der Compensation: Zur Zeit von Gajus durfte der Argentarius als solcher nur cum compensatione agere und der bonorum emtor (§. 484 c.) als solcher nur cum deductione. GAJ. IV. §. 64—68. Außerdem mußte sich Derjenige, der ein bonae fidei actio anstellte, die Abrechnung der Gegenforderungen aus demselben Rechtsgeschäft (ex eadem causa) gefallen lassen, ohne daß der Richter darauf besonders instruirt zu sein brauchte, weil hier exceptio ipso iure inest actioni. GAJ. IV. §. 61. 63. Seit Mark Aurel, §. 30. J. 4. 6., oder auch schon früher, fr. 4. 5. 10. §. 3. fr. 15. D. 16. 2., konnte bei stricti iuris actiones und später auch bei anderen Klagen, die nicht bonae fidei sind, die Compensation von Gegenforderungen, welche hier nur ex dispari causa (d. h. nicht aus demselben Geschäfte) entspringen können, vermittelst der doli exceptio durchgesetzt werden. Von da an konnten natürlich auch in den bonae fidei iudicia Gegenforderungen ex dispari causa zur Compensation gebracht werden. Vergl. PAUL. II. 5. §. 3. — THEOPHIL. ad §. 30. J. cit. — Justinian endlich dehnt in der const. 14. C. 4. 31. die Compensation auch auf dingliche Klagen mehr, als bisher geschehen, aus und schreibt einiges Andere vor, über dessen Auslegung Streit ist. Stellen, die von dem Argentarius etwas Besonderes sagen, sind in das Corpus iuris nicht aufgenommen. — Ausführungen über einzelne Fragen aus der Lehre von der Compensation: 1. Weber von der Einrede der Compensation und den Rechtsmitteln, wodurch der Beklagte seine Gegenforderung klagend verfolgen kann; in Dessen Beiträgen zu den Klagen und Einr. St. 1. S. 50. — Hasse im Arch. für civ. Pr. B. 7. S. 156 ff. — Schuster: wie ist das Compensationsrecht geltend zu machen? Wien 1829. — Bethmann-Hollweg S. 268 ff. — Krug §. 9—11. 20. 23. 24. 30. 31. — Hartter S. 170 ff. — Heimbach S. 740. — Fritz a. a. O. S. 399 ff. — Sintenis S. 25 ff. — S. besonders die angeführten neuesten Schriften von Brinz u. s. w. — v. Vangerow §. 618. Anm. 1. — Arndts Pand. 3. u. 4. Aufl. §. 265. Anm. 1. 2. Ueber die Frage: ob und wann der Richter die illiquide Einrede der Compensation zur besonderen Ausführung verweisen darf? s. man: Reh im Arch. für die civ. Pr. B. 2. nr. 17. — Martin Rechtsgutachten B. 1. nr. 5. — Seuffert im Arch. für die civ. Pr. B. 3. S. 195. — Gensler ebendas. S. 198. — Hasse ebendas. B. 7. nr. 9. und Bethmann-Hollweg im Rhein. Museum für Jurispr. Jahrg. 1. H. 4. S. 257. (Ueber Beide: Leipz. Lit.-Ztg. 1832. S. 2230.) — Seuffert im Arch. für civ. Pr. B. 11. S. 379. — Tellkampf das. B. 23. S. 301 ff. — Krug §. 89 ff. — Fuhr bei Schunck S. 235 ff. — Hartter S. 219 ff. — Fritz S. 406 ff. — Habicht gemeinrechtl. Controv. B. 1. S. 269 ff. — Brinz Comp. S. 151 ff. — Scheurl S. 174 ff. — Dernburg S. 463 ff. — v. Vangerow a. a. O. Anm. 2. 3. Ueber Zulässigkeit der

Compensation im Concurse: Dabelow vom Concurse S. 685—708, und während der Dauer eines Moratoriums: Neustetel und Zimmern Römisch.-rechtl. Untersuchungen S. 306. — 4. H. L. Weber: Kann Derjenige, welcher eine Schuld eidlich zu bezahlen verspricht, sich durch vorgeschützte Compensation von derselben befreien? Rostock 1793. — MOR. FERD. MEISSNER Diss. de iure debitoris, cui solutione interdictum est, ad compensationem provocantis. Lips. 1828. — 5. Gesterding über die Zulässigkeit der Compensation bei dinglichen Klagen; in Dessen Nachforschungen Th. 3. S. 173. — 6. FRID. CAPPEL (Pr. ALB. PHIL. FRICK) Diss. an compensationi obstet praescriptio? Helmst. 1794. — S. auch die im §. 199 Note *h* cit. Schriften.

(*c*) const. 4. C. ibid. Vergl. §. 30. 39. J. 4. 6.

(*d*) fr. 6. fr. 14. D. 16. 2.

(*e*) fr. 4. 5. 16. pr. fr. 18. pr. D. 16. 2.

(*f*) fr. 46. §. 5. D. 49. 14. — const. 7. C. 4. 31. Ueber ein anderes Privileg des Fiscus s. fr. 46. cit. §. 4. vergl. mit fr. 45. §. 10. eod., und über Privilegien der Stadtgemeinden const. 3. C. 4. 31.

(*g*) §. 30. J. 4. 6. — const. 14. §. 1. C. 4. 31. — const. 11. C. 4. 34.

(*h*) const. 14. §. 2. C. 4. 31.

§. 493.

IV. Novation. A. Begriff.

IV. Die Novation (*a*). Hierunter versteht das Römische Recht die Aufhebung (*b*) einer bestehenden Obligation durch Verwandlung derselben in eine neue verborum obligatio. Dazu ist nun erforderlich: 1. die in der Form der Stipulation (*c*) ausgedrückte Einwilligung Derjenigen, welche durch Novation in ein neues Obligationsverhältniß treten wollen (*d*); 2. daß der animus novandi ausdrücklich erklärt sei, sonst existiren zwei Obligationen, die alte und die neue (*e*); 3. daß wirklich eine Obligation vorhanden sei, welche novirt wird, von welcher Art übrigens, ist gleichgiltig (*f*); endlich 4. daß das neue Versprechen auch für sich giltig sei, denn ist es ungiltig, so ist die alte Forderung durch die Novation erloschen, ohne daß eine neue an die Stelle derselben tritt (*g*).

(*a*) GAJUS II. §. 38. 39. III. §. 176—179. — §. 3. J. 3. 29. (30.) — Dig. 46. 2. — Cod. 8. 42. — DONELLI comm. iur. civ. Lib. 16. cap. 20. — Joh. Kopp über die Novation. Hanau 1811. — Koch die Lehre von dem Uebergang der Forderungsrechte u. s. w. Bresl. 1837. §. 50 ff. — Unterholzner Schuldverh. B. 1. S. 621 ff. — Liebe die Stipulation S. 204 ff. — Gneist form. Werke. S. 138 ff. S. 229 ff. — Heimbach im Rechtslex. B. 7. S. 383 ff. — J. E. Kuntze die Obligation und die Singularsuccession. Leipz. 1856. S. 242 ff.

(*b*) Die Neueren unterscheiden zwischen novatio cumulativa und privativa, je nachdem die bestehende Obligation bleibt und blos verstärkt wird, z. B. durch Eid oder Conventionalstrafe, oder je nachdem sie aufgehoben und eine andere an ihre Stelle gesetzt wird. Das Erstere heißt bei den Römern niemals novatio, sondern jede Novation ist bei ihnen immer privativ im Sinne der Neueren.

(*c*) fr. 1. §. 1. fr. 2. D. 46. 2. — JO. CHR. HASSE Diss. An novatio voluntaria esse possit citra stipulationem? Kilon. 1811. Nach dem ältern Rechte wurde auch durch literae das Nämliche bewirkt (§. 422.). Indessen wird dafür der Ausdruck novatio in unsern Quellen, vielleicht zufällig, nicht gebraucht. Heut zu Tage kommt es auf die Stipulationsform auch bei der Novation nicht an, und man versteht daher jetzt unter Novation jeden Vertrag, wodurch eine bestehende Obligation aufgehoben und eine andere an ihre Stelle gesetzt wird.

(*d*) const. 1. 6. 8. C. 8. 42. Jede Novation ist daher wenigstens nach neuerem Rechte eine voluntaria. Inzwischen läßt sich die Eintheilung in novatio necessaria und voluntaria nach älterem Röm. Rechte in gewissem Sinne rechtfertigen. Jene war nämlich eine Folge der litiscontestatio und res iudicata. (§. 203. Note *ii* ff.)

Fragm. Vat. §. 263. — fr. 11. §. 1. fr. 29. D. 46. 2. — Gans Scholien zum Gajus S. 435. — RIBBENTROP Diss. de novatione necessaria. Gött. 1825. — F. L. Keller über Litis=Contestation und Urtheil nach klassischem Röm. Recht. Zürich 1827. S. 88 ff. — Zimmern RG. B. 3. §. 123. — Buchka Einfluß des Proc. B. 1. S. 1 ff. — Wächter Erört. H. 3. S. 3 ff. — Ueber Wirkungen der litiscontestatio, die ehemals aus der sog. nov. necess. abgegleitet werden konnten, und auch nach Justinianischem und heutigem Rechte noch eintreten, s. v. Savigny Syst. B. 6. S. 277 ff. S. 307 ff. — v. Wächter a. a. O. S. 38 ff. S. 115 ff. — Sintenis Civilr. §. 105. Note 2. — Arndts Pand. §. 271. Note 3.

(*e*) fr. 2. fr. 8. §. 2. 5. fr. 28. D. 46. 2. — Besonders: const. 8. C. 8. 42, wodurch Justinian jede sonst zulässige novatio tacita et praesumta für unstatthaft erklärt hat. S. auch §. 3. J. 3. 29. (30.) — THEOPHIL. ad §. 3. J. cit. — CRELL Diss. de animo novandi factis expresso. Viteb. 1734. §. 4. et in Eiusd. Dissertatt. et Programm. Halae 1775. Fasc. 4. — Indessen sind manche neuere Schriftsteller wit Löhr in s. Mag. B. 4. (2.) S. 27 der Ansicht, daß durch die const. 8. cit. nur die novatio praesumta, nicht auch die nov. tacita abgeschafft sei. S. namentlich: E. Fein Beiträge zur L. v. der Novat. u. Deleg. Jena. 1850. S. 28—34. Dagegen: Hepp im Arch. für civ. Pr. B. 15. S. 246. — Sintenis in Linde's Zeitschr. B. 9. Nr. 5. — Roßhirt in s. Zeitschr. B. 2. S. 19. — Schaffrath prakt. Abh. S. 140 ff. — Grodefend in Linde's Zeitschr. n. F. B. 12. Nr. 10.

(*f*) fr. 1. §. 1. D. 46. 2. Uebrigens kann man auch durch Andere noviren, durch welche man stipuliren kann. fr. 20. D. ibid. — PAULUS V. 8.

(*g*) §. 3. J. cit. — fr. 20. §. 1. D. 46. 2. — GAJUS III. §. 176.

§. 494.

B. Verschiedene Arten derselben.

Eine Novation kann auf mehrfache Art stattfinden. Nämlich: A. entweder so, daß der Schuldner und der Gläubiger dieselben bleiben. Dieß ist der Fall, wenn die causa obligationis geändert wird, wenn ein anderes Object anstatt des bisherigen versprochen wird (*a*), wenn die Nebenbestimmungen der Schuld in Rücksicht auf Zeit, Ort, Bedingung, Bürgschaft u. s. w. geändert werden (*b*). B. Oder so, daß an die Stelle des alten Schuldners ein neuer Schuldner eintritt, und dieß kann wiederum auf zwiefache Art geschehen: 1. entweder durch bloße Stipulation des Gläubigers mit dem neuen Schuldner, ohne daß der alte Schuldner einwilligt, dieß nennt man jetzt eine bloße expromissio (*c*); 2. oder so, daß der bisherige Schuldner seine Schuld einem Andern überweist und der Gläubiger diesen neuen Schuldner durch eine mit ihm abgeschlossene Stipulation anstatt des alten annimmt; dieß heißt delegatio (*d*). C. Oder so, daß ein neuer Gläubiger an die Stelle des alten tritt, indem der bisherige Gläubiger seine Forderung einem Andern überweist und der Schuldner diesen nun durch eine mit ihm abzuschließende Stipulation zu seinem Gläubiger macht. Dieß heißt ebenfalls delegatio und unterscheidet sich von der cessio nominis zunächst dadurch, daß der Schuldner dabei auf die angegebene Weise mitwirken muß und daß die bisherige Obligation dadurch aufhört (*e*).

(*a*) fr. 58. D. 45. 1. — fr. 9. §. 2. D. 46. 2.

(*b*) In Ansehung der Bedingung und der Bürgschaft war es unter den ältern Juristen sehr streitig, ob und wann eine Novation vorhanden sei. — GAJUS III. §. 177—179. — fr. 8. §. 1. fr. 14. pr. §. 1. D. 46. 2. Justinian entschied aber, daß dabei Alles auf den ausdrücklich erklärten Willen der Parteien ankommen sollte. const. 8. C. 8. 42. — §. 2. J. 3. 29. (30.) — Ueber den Fall der Bedingung s. auch §. 495. Note *a*.

(c) fr. 8. §. 5. D. 46. 2. — const. 25. C. 2. 3. Da die Expromission regelmäßig als eine Intercession erscheint, so können Frauenspersonen in der Regel nicht wirksam expromittiren (§. 417. 421.).

(d) fr. 11. 17. D. 46. 2. — const. 1. 6. C. 8. 42. — Gesterding im Arch. für die civ. Pr. B. 2. Nr. 19. — E. Hoffmann in den Sell'schen Jahrb. B. 3. S. 396 ff. Frauenspersonen obligiren sich auch hier in der Regel nicht wirksam.

(e) const. 3. C. 8. 42. — const. 2. C. 4. 10. — Mühlenbruch von der Cession S. 225. — Hoffmann a. a. O.

§. 495.

C. Wirkung derselben.

Die Wirkung einer jeden Novation besteht darin, daß die alte Obligation mit allen accessorischen Rechten erlischt (*a*) und eine neue an die Stelle derselben tritt, und zwar nach Römischem Rechte eine verborum obligatio mit einer actio ex stipulatu (*b*). Eine Folge davon ist: 1. daß bei der Expromission und Delegation einer Schuld der alte Schuldner selbst dann frei bleibt, wenn auch der neue Schuldner zahlungsunfähig sein oder werden sollte, es wäre denn, daß sich der Gläubiger für diesen Fall den Regreß gegen den alten Schuldner ausdrücklich vorbehalten hätte (*c*). Auch kann sich der Expromittent so wenig, wie der debitor delegatus, gegen den Gläubiger derjenigen Einreden bedienen, die ihm gegen den alten Schuldner oder diesem gegen den Gläubiger zustanden (*d*). 2. Ebenso hat bei der Delegation einer Forderung der neue Gläubiger, im Fall er die Zahlung vom Schuldner nicht erhalten kann, ohne ausdrücklichen Vorbehalt keinen Regreß gegen den alten Gläubiger; dagegen braucht er sich aber auch diejenigen Einreden nicht gefallen zu lassen, die der Schuldner dem alten Gläubiger hätte entgegensetzen können (*e*).

(*a*) Doch können die für die erloschene Schuld bestellten Pfandrechte und deren Priorität bei der novatio für die neue Schuld vorbehalten werden. fr. 29. D. 46. 2. — Kniep Einfluß der bedingten Novation auf die ursprüngliche Obligation. Wismar u. Ludwigslust 1860. (Darüber Windscheid in Pözl's kritisch. Vierteljahrsschrift. B. 2. S. 242 ff.)

(*b*) fr. 1. pr. fr. 15. fr. 18. D. 46. 2 — §. 3. J. 3. 29. (30.)

(*c*) §. 3. J. cit. — fr. 45. §. 7. D. 17. 1.

(*d*) fr. 12. 13. 19. D. 46. 2.

(*e*) const. 3. C. 8. 42. Bei der bloßen Cession verhält sich dies anders. Vergleiche oben §. 337.

§. 496.

V. Remissorische Verträge.*) A. Acceptilation.

Acceptilation ist eine solche Stipulation, wodurch eine durch Stipulation (*a*) entstandene Obligation wieder aufgehoben wird (*b*). Durch eine Acceptilation kann nur eine durch Stipulation begründete Obligation aufgehoben werden (*c*), aber jede Schuld läßt sich durch Novation in eine verborum obligatio verwandeln und dann durch Acceptilation aufheben (*d*). Für den Fall, wo eine ganze Reihe von Schulden auf einmal durch Acceptilation aufgehoben werden sollte, erfand der Jurist Gallus Aquilius ein allgemeines Formular, nach welchem sie sämmtlich erst durch Novation in eine verborum obligatio verwandelt und sodann durch Acceptilation aufgehoben werden konnten. Dieß ist die sogenannte stipulatio Aquiliana (*e*).

*) Heimbach im Rechtslex. B. 7. S. 496 ff. — Völderndorff-Waradein zur Lehre vom Erlaß. München 1850. — v. Scheurl Beitr. B. 2. Nr. 14.

(*a*) fr. 35. D. 50. 17. „Nihil tam naturale est, quam eo genere quidque dissolvere, quo colligatum est: ideo verborum obligatio verbis tollitur; nudi consensus obligatio contrario consensu dissolvitur.“ fr. 153. ibid. „Fere quibuscunque modis obligamur, hisdem in contrarium actis liberamur.“ fr. 30. D. 46. 3.

(*b*) Dig. 46. 4. — Cod. 8. 44. — §. 1. J. 3. 29. (30.) Ihren Namen hat sie von der Antwort des Gläubigers auf die Frage des Schuldners: „Quod tibi spopondi habesne acceptum?“ — „Acceptum tuli.“ — Gajus 3. 169. — Cramer in der Zeitschrift für geschichtliche RW. B. 1. S. 313—315.

(*c*) fr. 8. §. 5. D. 46. 4. S. auch Note *a*. Die durch das ehemalige nexum (§. 396. Note *b*. §. 484 a. am E. und §. 484 b.) eingegangene Obligation konnte nur per aes et libram aufgegeben werden. Gajus III. §. 173—175. In welcher Form die ehemalige literarum obligatio aus dem transscriptitium nomen aufgegeben werden konnte, darüber haben wir keine Nachricht. Wenn sie aber durch einen doppelten Eintrag in das Cassabuch entstand (§. 422 Note *b*.), so kann sie nicht wohl anders aufgegeben worden sein, als durch einen doppelten Eintrag, nämlich durch eine acceptilatio und eine gleichzeitige expensilatio, so daß es lautete, als ob der Schuldner bezahlt hätte und ihm dann die bezahlte Summe als Geschenk gegeben worden wäre.

(*d*) §. 1. J. 3. 29. (30.)

(*e*) Sie findet sich §. 2. J. ibid. und fr. 18. D. 46. 4. Vergl. auch fr. 4. D. 2. 15. — Gajus III. §. 170. — Hugo civ. Mag. B. 2. nr. 19. — Chr. Gl. Haubold Fragm. Graecum de obligat. causis et solutionibus, inpr. de stipulatione Aquiliana, ab Ang. Mag. nuper in lucem protractum iterum ed. et brev. annotat. illustr. Lips. 1817. et in eiusd. opusc. ed. Wenck et Stieber Vol. II. p. 347. — Th. Fraser de stipulatione Aquiliana. Lugd. Bat. 1825.

§. 497.

B. Contrarius consensus s. dissensus.

Der contrarius consensus s. dissensus besteht darin, daß zwei Paciscenten übereinkommen, ein unter ihnen durch bloße Einwilligung begründetes Obligationsverhältniß wiederum aufzuheben (*a*). Dieß ist jedoch nur so lange möglich, als die Obligation noch von keiner Seite erfüllt ist (rebus integris), denn wenn die neue Uebereinkunft erst nach Erfüllung der frühern Obligation erfolgt, so wird diese dadurch nicht sowohl aufgehoben, als vielmehr eine neue Obligation begründet (*b*).

(*a*) §. 4. J. 3. 29. (30.) — Dig. 18. 5. — Cod. 4. 45. — fr. 35. D. 50. 17. — fr. 30. D. 46. 3.

(*b*) fr. 58. D. 2. 14. Die frühere Obligation ist hier nämlich durch ihre Erfüllung (solutio) schon aufgehoben worden. Vergl. fr. 5. pr. §. 1. D. 18. 5.

§. 498.

C. Pactum de non petendo (*a*).

Pactum de non petendo oder pactum ne petatur heißt der einfache Vertrag, wodurch der Gläubiger dem Schuldner verspricht, seine Forderung nicht geltend zu machen. Es erzeugt in der Regel (*b*) nur eine exceptio (*c*), und zwar eine dilatoria, wenn es nur für einige Zeit, und eine peremtoria, wenn es für immer abgeschlossen ist (*d*).

(*a*) Dig. 2. 14. — Cod. 2. 3. — Donelli comm. iur. civ. Lib, 22. c. 4. — Adr. Steger (pr. Fr. Car. Conradi) Diss. de natura et indole pacti de non petendo. Lips. 1727. — Weber von der nat. Verb. §. 128. — Glück Comm. Th. 4. S. 219. — Ueber Nachlaßverträge im Concurse der Gläubiger s. oben §. 484 e. Note *b*.

(*b*) Ausnahmsweise wird sie ipso iure aufgehoben, wenn es sich entweder um ein naturalis obligatio handelt, fr. 95. §. 4. D. 46. 3., oder um die actio furti oder iniuriarum, fr. 17. §. 1. D. 2. 14 und der Vertrag auf immer geschlossen wird.

(*c*) GAJ. IV. §. 116. — §. 3. J. 4. 13. — fr. 21. 27. 32. D. 2. 14.

(*d*) S. g. pactum de non petendo temporale und s. g. pact. de non pet. perpetuum. GAJ. IV. §. 120—122. — § 9. 10. J. 4. 13. Ueber das letztere vergl. Völderndorff a. a. O. — Rudorff zu Puchta Pand. §. 297 Note *a*. — v. Scheurl a. a. O. — Arndts in der krit. Ueberschau B. 2. S. 154 ff. — Brinz Pand. B. 1. S. 641. — Ueber die Frage, ob und wie weit dieses heut zu Tage geändert sei, vergl.: Guyet Abh. Nr. 11. — Büchel civilr. Erört. B. 2. Nr. 1. S. 45 ff. — Fritz Erl. H. 3 (B. 2. H. 1) S. 420 ff. — v. Vangerow §. 621. — Sintenis Civilr. §. 107. vergl. §. 89 Note 71. — Arndts Pand. §. 267. Anm. 1. lit. d. — v. Savigny Obl.-R. B. 1. S. 178. — v. Scheurl a. a. O. — Ueber die Quittung insbesondere, als eine Art des heutigen liberatorischen Vertrags, vergl.: v. d. Pfordten Abh. S. 300. — Bähr die Anerkennung S. 232 ff. — Brinz Pand. S. 638. — Arndts in der krit. Ueberschau B. 4. S. 243 ff. — Schlesinger Formelcontr. S. 149 ff. S. 293 ff.

§. 499.

VI. Veränderung der Umstände. — A. Confusion.

Eine Obligation hört zuweilen deswegen auf, weil die Umstände, ohne welche sie nicht hätte begründet werden können, sich ändern. A. Die Confusion, welche überhaupt dann eintritt, wenn zwei Personen, deren getrennte Existenz zum Bestehen der fraglichen Schuld erforderlich ist, Eine Person werden, z. B. wenn einer Erbe des andern wird. Ereignet sich eine solche Confusion 1. zwischen Gläubiger und Hauptschuldner, so erlischt dadurch die ganze Obligation mit allen accessorischen Verpflichtungen (*a*); ereignet sie sich hingegen 2. zwischen dem Hauptschuldner und dem accessorisch Verpflichteten oder zwischen diesem und dem Gläubiger, so erlischt nur die accessorische Verpflichtung (*b*).

(*a*) fr. 75. fr. 95. §. 2. fr. 107. D. 46. 3. — fr. 71. pr. D. 46. 1.

(*b*) fr. 43. fr. 93. §. 2. 3. D. 46. 3.

§. 500.

B. Zufälliger Untergang der schuldigen Species.

B. Der zufällige Untergang der Species, welche den Gegenstand der Forderung ausmacht (*a*). War hier die Forderung 1. auf eine certa species gerichtet, so wird der Schuldner frei von seiner Verpflichtung, wenn die Species ohne seine zu prästirende Schuld und ehe er mit der Ablieferung derselben im Verzuge sich befindet, durch Zufall zu Grunde geht, oder eine das Eigenthum aufhebende Specification erleidet (*b*). War hingegen die Forderung 2. eine alternative, so wird a) wenn der Zufall keinem Theile zugemessen werden kann, der Schuldner nur dann ganz frei, wenn alle Objecte untergegangen sind (*c*). Geht nur eins oder das andere zu Grunde, so muß das übrig bleibende gegeben werden (*d*). b) Veranlaßt der eine oder der andere Theil durch eine zu prästirende culpa oder durch mora den Untergang, und zwar α) der Schuldner, so muß er, wenn alle Objecte dadurch zu Grunde gingen, den Gläubiger in Gemäßheit der Forderung desselben entschädigen. Bleibt hingegen eins übrig, so kann der Gläubiger, wofern ihm nur das Wahlrecht zusteht, dieses, oder den Werth des untergegangenen fordern.

War aber die Schuld β) auf Seiten des Gläubigers, so geht die Schuld nach dem Untergang eines der alternativ versprochenen Gegenstände in der Regel nur noch auf den andern (*e*).

(*a*) Nicht auch, wenn ein genus, oder eine Quantität den Gegenstand der Forderung ausmacht, z. B. const. 11. C. 4. 2.
(*b*) „Debitor speciei liberatur interitu rei." — fr. 23. D. 45. 1. — Vergl. fr. 82. §. 1. ibid. — fr. 15. §. 3. D. 6. 1. — fr. 14. §. 1. D. 16. 3. — fr. 20. D. 13. 1. -- fr. 5. §. 2. D. 18. 5.
(*c*) fr. 34. §. 6. D. 18. 1.
(*d*) fr. 2. §. 3. D. 13. 4.
(*e*) fr. 95. pr. §. 1. D. 46. 3. — fr. 105. D. 45. 1. — Zimmern im Arch. für die civ. Pr. B. 1. Nr. 23. — v. Vangerow §. 569. Anm. 2. — F. Mommsen Beitr. zum Obl.=Recht. Abth. 1. (Die Unmöglichkeit der Erfüllung in ihrem Einfluß auf obligatorische Rechtsverhältnisse.) S. 308 ff.

§. 501.

C. Zusammentreffen zweier lucrativen Erwerbungsgründe.

C. Das Zusammentreffen zweier lucrativen Erwerbungsgründe. Wenn Jemand eine Sache aus einem lucrativen Grunde zu fordern hat, so erlischt seine Forderung, wenn er dieselbe Sache anderswoher aus einem eben so lucrativen Grunde erhält (*a*).

(*a*) fr. 17. D. 44. 7. — fr. 83. §. 6. D. 45. 1. Ein Beispiel kommt vor §. 6. J. 2. 20. — Majansii Disput. iur. T. 1. nr. 7. — Roßhirt in s. Zeitschr. B. 2. S. 24. ff. — W. Sell über die römisch=rechtl. Aufhebungsart der Obligationen durch concursus duar. causar. lucrativar. Zürich 1839. — F. Mommsen a. a. O. S. 255 ff. und darüber Windscheid in der Heidelb. krit. Zeitschr. für die gesammte RW. B. 2. S. 130 ff.

§. 502.

VII. Letztwillige Verordnung, — Eid, — rechtskräftiges Erkenntniß — und Verjährung.

Endlich können Obligationen aller Art auch durch letztwillige Verordnung (*a*), durch Eid (§. 441) und durch rechtskräftiges Erkenntniß (*b*) aufgehoben werden, und die Klagen aus Obligationen erlöschen, wie andere Klagen, durch Verjährung, von welcher schon oben §. 198 a. und 199 die Rede gewesen ist.

(*a*) Durch ein legatum liberationis. fr. 1. pr. D. 34. 3. S. unten §. 709.
(*b*) fr. 1. D. 42. 1. — fr. 43. D. 12. 6. verb. mit fr. 2. D. 12. 2. — arg. fr. 56. D. 42. 1. — fr. 207. D. 50. 17.

Drittes Buch.

Familienverhältnisse und deren Einfluß auf die Vermögensverhältnisse.

---

§. 503.

Uebersicht.

Die Familienverhältnisse, die hier mit ihrem Einfluß auf das Vermögen dargestellt werden sollen, sind: die Ehe, die väterliche Gewalt und die Vormundschaft (*a*).

(*a*) Diese Rechtslehren pflegt man das Familienrecht zu nennen. Ueber das Verhältniß des Familienrechts zu dem Personenrecht, oder der Lehre von den Personen, im Sinne des Römischen Institutionensystems, s. §. 206 und 207.

Erster Abschnitt.

Von der Ehe.

Quellen: Im Allgemeinen: Inst. 1. 10. — Dig. 23. 2. — Cod. 5. 4. — (Decretal 4. 1. — Lib. sext. Decretal 4. 1. — Conc. Trident. Sess. 24.)

Literatur des Römischen Eherechts: FRANC. HOTOMANUS de veteri ritu nuptiarum et iure matrimoniorum. Lugd. 1569 et in GRAEVII thesaur. T. 9. pag. 1112 seq. — BARN. BRISSONIUS de ritu nuptiarum et de iure connubii; in opusc. minor. ed. TRECKELL pag. 285—288. — HENR. BROUWER de iure connubiorum. Ed. 2da. Delph. 1714. — CHR. ULR. GRUPEN de uxore Romana. Hannov. 1727. — GE. H. AYRER de iure connubiorum apud Romanos. Gött. 1736. — DORNSEIFFEN de iure feminarum apud Romanos. Ed. noviss. Traj. ad Rh. 1818. — BETHMANN-HOLLWEG de causae probatione. Berol. 1820. cap. 1. — Gans Scholien zum Gajus, 2. und 3. Scholie. — Carl Wächter über Ehescheidungen bei den Römern. Stuttgart 1822. — Joh. Christ. Hasse das Güterrecht der Ehegatten nach R. R. 2 B. Berlin 1824—1832. — Glück Comm. Th. 23. §. 1205 ff. — Zimmern Röm. RG. B. 1. §. 132—178. — CHR. FRID. AUG. TAFEL Comm. de divortiis apud Romanos. Cap. I. de variis nuptiarum generibus apud Romanos. Oeringae 1833. — Puchta Inst. B. 3. §. 287 ff. — Walter Gesch. des R. R. B. 2. §. 517 ff. — A. Roßbach Untersuch. über die römische Ehe. Stuttgart 1853. — W. Rein das Privatr. der R. S. 368 ff. — (Literatur des heutigen Eherechts: Schott Einl. in das Eherecht. Nürnb. 1786. — Dabelow Grundsätze des allg. Eherechts der deutschen Christen. Halle 1792. — A. K. H. v. Hartitzsch Handb. des in Deutschland geltenden Eherechts. Leipz. 1828. — L. Gitzler Handb. des gemein. und preuß. Eherechts. Bresl. 1840. — Jacobson in Weiske's Rechtslex. B. 3. S. 525 ff. — Uhrig Syst. des Eherechts. Dillingen 1854. — J. F. Schulte Handb. des kath. Eherechts. Gießen 1855. — Vergl. besonders auch: Walter Lehrbuch des Kirchenrechts §. 294 ff. — Richter Lehrb. des Kirchenr. §. 248 ff.)

Erstes Kapitel.

Von dem Begriffe und der Eingehung der Ehe.

§. 504.

I. Begriff der Ehe.

Die Ehe ist eine zwischen zwei Personen verschiedenen Geschlechts eingegangene Verbindung, welche die ausschließliche und ungetheilte Gemeinschaft des ganzen Lebens beider Ehegatten zum Zweck hat (*a*). Hiernach besteht also das Wesen der Ehe nicht sowohl in der physischen Geschlechtsvereinigung, als vielmehr in der von den Ehegatten beabsichtigten Einheit des ganzen Lebens. Eben in diesem, auf volle Lebensvereinigung gerichteten animus liegt daher auch der Unterschied zwischen der wahren Ehe und allen andern Geschlechtsverbindungen, die keine wahren Ehen sind, namentlich dem Concubinate (*b*). Ehe und Concubinat haben das mit einander gemein, daß beide eine Geschlechtsverbindung zwischen Mann und Weib und daß beide äußerlich einander gleich sind, wenigstens nach Römischem Rechte, wo zur Eingehung der Ehe in der Regel keine äußere Form, sondern nur consensus matrimonialis erforderlich ist (*c*); aber ihrem innern Wesen nach sind sie verschieden, denn bei der Ehe ist animus matrimonii vorhanden, d. h. die Absicht der Ehegatten geht auf volle Gemeinschaft des ganzen Lebens und aller Schicksale des Lebens, beim Concubinate ist diese Absicht nicht vorhanden. Die allgemeine Wirkung einer jeden wahren und giltigen Ehe besteht darin, daß die Frau die dignitas mariti erlangt und daß die in der Ehe erzeugten Kinder eheliche Kinder sind, d. h. daß der Ehemann juristisch für den Vater derselben gilt, oder, wie es das Röm. Recht ausdrückt: liberi patrem habent (§. 539). Auch kommen sie in die Gewalt des Vaters oder desjenigen, der ihn in seiner Gewalt hat (§. 546). Beim Concubinate erlangt dagegen die Concubine nicht die dignitas mariti, die darin erzeugten Kinder sind uneheliche Kinder (liberi quasi sine patre, §. 541.) und nicht in der Gewalt ihres Erzeugers (*d*). Diejenige Ehe, welche alle Wirkungen hat, wie das Römische Recht sie anordnet, iustum s. legitimum matrimonium (*e*), ist ein Institut des Civilrechts und kann daher nur zwischen Personen, die das Römische Bürgerrecht haben, vorkommen, insoweit nicht einer andern Person das connubium besonders ertheilt ist (*f*). Zu den Wirkungen, welche die Römische Ehe an sich hat, kamen ehemals noch andere, die denen der väterlichen Gewalt ähnlich waren, wenn die Ehefrau nicht uxor tantum, sondern in manu mariti war (*g*); nach dem Justinianeischen Rechte kommt aber die manus nicht mehr vor (*h*).

(*a*) fr. 1. D. 23. 2. „Nuptiae sunt coniunctio maris et feminae, consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio.“ §. 1. J. 1. 9. „Nuptiae sive matrimonium est viri et mulieris coniunctio individuam vitae consuetudinem continens.“ Vergl. const. 4. C. 9. 32. — Decret. Gratiani C. 27. qu. 2. — Schwabenspiegel c. 256. ed. Senk. — Walter Kirchenr. §. 294 Note n. — Hasse a. a. O. §. 1—4. — Walter RG. §. 518.

(*b*) Dieser war bei den Römern unter gewissen Bedingungen erlaubt. PAULUS II. 20. — Dig. 25. 7. — Cod. 5. 26. — Glück Comm. Th. 28. §. 1295. — Zimmern RG. B. 1. §. 133. — Walter RG. §. 533. — Im oströmischen Reiche wurde er im neunten Jahrhundert abgeschafft. Nov. Leonis 91. — In Deutschland wurde er zuerst durch die Reichs-Polizei-Ordnung von 1530. Tit. 33 als Verachtung des Ehestandes gemißbilligt, dann in Gefolge der Tridentiner Synode in der Reichs-PolizeiOrdnung von 1577. Tit. 26 bei Strafe verboten.

(*c*) fr. 15. D. 35. 1. — fr. 30. D. 50. 17.
(*d*) fr. 49. §. 4. D. 32. — §. 32. J. 1. 10. — GAJUS 1. §. 64.
(*e*) GAJ. I. §. 55. — ULP. V. §. 2. — Die Kinder daraus heißen iusti liberi und der Vater iustus pater. LIV. XXXVIII. 36. — GAJ. I. §. 77. III. §. 72. — Fragm. Vat. §. 168. 194.
(*f*) GAJ. I. §. 57. — ULP. V. §. 1—5.
(*g*) S. oben §. 121 und unten §. 513 ff. GAJ. I. §. 49. §. 108 seqq. II. §. 86 seqq. — Hasse a. a. O. B. 1. S. 54 ff. S. 129. — Zimmern RG. B. 1. §. 226—228. — F. W. Th. Eggers über das Wesen und die Eigenthümlichkeiten der Röm. Ehe mit Manus. Altona 1833. — Böcking Inst. B. 1. S. 229 ff. — Walter RG. B. 2. §. 503 ff. — Bluntschli im Schweizerischen Museum für hist. Wissenschaft. Frauenfeld 1837. B. 1. S. 261 ff. — E. HASE de manu iur. Rom. Hal. 1847. — Rein a. a. O. S. 371 ff.
(*h*) S. unten §. 513 Note *.

§. 505.

II. Verlöbniß. A. Eingehung desselben.

Der Eingehung der Ehe selbst pflegt ein Vertrag vorauszugehen, wodurch beide Theile die künftige Eingehung einer ehelichen Verbindung mit einander verabreden. Dieser heißt das **Verlöbniß** (sponsalia) (*a*). Nach Römischem Rechte ist zur Eingehung desselben 1. nichts weiter erforderlich, als wechselseitige Einwilligung (*b*). Diese muß aber von beiden Theilen im Ernste, mit Ueberlegung und Willensfreiheit ertheilt sein. Ueber den Einfluß von Wahnsinn, Zwang, Betrug und Irrthum auf die rechtliche Wirkung eines Verlöbnisses gelten die allgemeinen Grundsätze über Verträge (*c*). 2. Jeder, welcher künftig eine Ehe einzugehen berechtigt ist, kann sich zu derselben auch verloben (*d*), sollte er auch zur Zeit des Verlöbnisses noch nicht fähig, oder noch nicht berechtigt sein, die Ehe selbst einzugehen (*e*). 3. Das Verlöbniß kann auch unter einer Bedingung geschlossen werden, wo alsdann die allgemeinen Grundsätze von den Wirkungen der Bedingungen überhaupt (§. 171.) und bei Verträgen insbesondere (§. 360) eintreten.

(*a*) Dig. 23. 1. — Cod. 5. 1. — (Decretal. 4. tit. 1—5. — Lib. sext. Decretal. 4. 1.) — J. H. BOEHMER exerc. ad Pandect. T. 4. nr. 69. — Walter Kirchenrecht §. 302 ff. — Glück Comm. Th. 22. 23. §. 1190—1204. — Hartitzsch Eherecht §. 98—154.
(*b*) fr. 4. pr. D. 23. 1. Steht indeß die eine oder die andere Person noch unter väterlicher Gewalt, so ist auch die Einwilligung des Inhabers derselben erforderlich. fr. 7. §. 1. ibid. vergl. mit pr. J. 1. 10. und PAULUS II. 19. — Zimmern RG. B. 1. §. 146. — Walter RG. §. 520. — Rein a. a. O. S. 407 ff.
(*c*) fr. 8. D. ibid. — PAULUS II. 19.
(*d*) Daher auch umgekehrt: „Cum qua nuptiae contrahi non possunt, haec plerumque ne quidem desponderi potest." fr. 60. §. 5. D. 23. 2.
(*e*) Z. B. Unmündige: fr. 14. D. 23. 1. So auch cap. 7. 8. X. 4. 2. — Ferner: fr. 10. §. 1. D. 3. 2. „Quae virum eluget, intra id tempus sponsam fieri non nocet."

§. 506.

B. Wirkung desselben.

Das Verlöbniß erzeugt nach Römischem Rechte keine Klage auf Eingehung der Ehe oder auch nur auf Entschädigung wegen grundloser Nichteingehung (*a*). So lange aber ein Verlöbniß besteht, zieht die Eingehung eines neuen oder einer Ehe mit einer andern Person die Infamie nach sich (§. 123. Note *p*.). Ferner sind die Verlobten sich einander wechselseitige Treue schuldig

und auch in einigen andern rechtlichen Beziehungen den Ehegatten gleich gestellt (*b*). Endlich hat willkürliche Auflösung eines Verlöbnisses zuweilen auch pecuniäre Nachtheile. S. §. 507.

(*a*) fr. 2. §. 2. D. 24. 2. — const. 1. C. 5. 1. — fr. 134. D. 45. 1. — const. 2. C. 8. 39. Vergl.: Varro de lingua lat. VI. 70. 71. — Gellii noct. attic. IV. 4. — Ueber das älteste Röm. Recht sind die Ansichten der Ausleger dieser Schriftsteller verschieden. Vergl. Lachmann im Rhein. Mus. f. Philol. B. 6. S. 112 ff — Huschke in der Zeitschr. für gesch. R. W. B. 10. S. 327 ff. — Dirksen in den Abhandl. der Berl. Academie 1848. S. 89 ff. — Ihering Geist des R. R. B. 2. S 227 ff. — Rein Privatr. S. 410. — Voigt ius nat. B. 2. S. 234 ff. — Walter R. G. §. 520.

(*b*) const. 5. C. 5. 1. — fr. 5. D. 22. 5. — fr. 15. §. 24. D. 47. 10.

§. 507.

C. Aufhebung desselben.

Das Verlöbniß wird aufgelöst: 1. durch den Tod eines der Verlobten; 2. wenn nach Eingehung desselben ein Ehehinderniß eintritt; 3. durch Uebereinkunft beider Theile (gewöhnlich repudium voluntarium genannt); 4. durch das einseitige Zurücktreten des einen Theils allein (repudium, gewöhnlich repudium necessarium genannt) (*a*). Bei Aufhebung des Verlöbnisses können arrhae sponsalitiae (der Mahlschatz), welche die Verlobten einander gegeben haben, von jedem Theile oder dessen Erben wieder zurückgefordert werden, ausgenommen im Fall eines einseitigen unbegründeten Zurücktretens des einen Theils, wo der an der Trennung unschuldige Theil das Empfangene behält und das Gegebene zurückfordern kann, und zwar doppelt, wenn er selbst Nichts empfangen hat, welche Strafe blos der minderjährigen Braut erlassen ist (*b*). In dieser Beziehung kommt es also schon nach Römischem Rechte bei dem einseitigen Zurücktreten eines Verlobten darauf an, ob er sich auf eine gerechte Ursache berufen kann oder nicht. Eine gerechte Ursache ist aber insbesondere alsdann vorhanden, wenn der andere die Treue verletzt, oder sich überhaupt einer turpis vel impudica conversatio schuldig macht, oder eine religionis vel sectae diversitas zwischen den Verlobten eintritt, oder die Eingehung der Ehe über zwei oder drei Jahre ohne Grund verzögert wird (*c*).

(*a*) fr. 101. §. 1. D. 50. 16. — fr. 38. D. 24. 3.

(*b*) const. 3. 5. C. 5. 1. — const. 15. 16. C. 5. 3. — Spangenberg im Arch. für civ. Pr. B. 12. S. 269 und prakt. Erört. B. 1. S. 43. — Löhr im Arch. für civ. Pr. B. 15. S. 445.

(*c*) const. 16. C. 1. 4. — const. 2. 5. C. 5. 1. — const. 2. C. 5. 17.

§. 508.

III. Voraussetzungen zur Eingehung der Ehe. A. Absolute Ehehindernisse.

Zur Eingehung einer giltigen Ehe ist vor allen Dingen erforderlich, daß die Personen, welche sie eingehen wollen, überhaupt ehefähig sind. Absolut unfähig zur Eingehung einer Ehe sind: 1. Alle, welche noch nicht körperlich reif dazu sind. Das Römische Recht erfordert dazu Pubertät, beim Manne sowohl, als bei der Frau (*a*). 2. Castraten. Gewöhnlich behauptet man zwar, daß absolute Zeugungsunfähigkeit überhaupt unfähig zur Eingehung

einer Ehe mache; allein das Römische Recht erklärt nicht alle spadones, sondern nur die castrati für unfähig (*b*). 3. Wer bereits in einer giltigen Ehe lebt, kann daneben keine andere eingehen, denn die gleichzeitige Polygamie ist verboten (*c*), dagegen die successive erlaubt; doch muß die Frau, wenn die Ehe durch den Tod des Mannes oder durch Scheidung aufgehoben ist, wenigstens ein Jahr warten, ehe sie zu einer anderen Ehe schreiten darf (*d*). 4. Mönche und Nonnen (*e*). 5. Alle Geistliche, die eine der höheren Weihen haben (*f*).

(*a*) pr. J. 1. 10. — fr. 14. D. 23. 1. — fr. 4. D. 23. 2. — Zimmern RG. B. 1. §. 148. — (Auch das Canonische Recht verlangt nur Pubertät. Tit X. 4. 2. — Lib. sext. Decretal. 4. 2. — Neuere Gesetzgebungen erfordern gewöhnlich ein höheres Alter bei beiden Geschlechtern.) — Das Greisenalter macht dagegen nicht unfähig zur Eingehung einer Ehe. const. 27. C. 5. 4. — (cap. 4. X. 4. 15.)

(*b*) fr. 39. §. 1. D. 23. 3. — fr. 6. D. 28. 2. — Hasse a. a. O. S. 33. Eine ganz andere Frage ist es: ob eine Ehe wegen Impotenz oder Unfruchtbarkeit des einen oder des andern Theils wieder aufgehoben werden könne? Man sehe darüber: const. 10. C. 5. 17. — Nov. 22. c. 6. — Nov. 117. c. 12. — c. 2. C. 3. qu. 1. — Tit. X. 4. 15. — Chr. Gottl. Biener quaest. cap. L. de matrimonio propter impotentiam dissolvendo. Lips. 1814, et in eiusd. opusc. ed. Fr. Aug. Biener Vol. II. nr. 44. — Maur. Gfr. Bauer Diss. de matrimonio sterili partium voto solvendo. Lips. 1823. — Ueber das heut. Recht s. Walter Kirchenr. §. 305. IV.

(*c*) §. 6. 7. J. 1. 10. — fr. 1. D. 3. 2. — const. 2. C. 5. 5.

(*d*) Man pflegt dieses das Trauerjahr (annus luctus) zu nennen; der wahre Grund liegt indeß in der sonst zu befürchtenden turbatio sanguinis s. confusio sobolis. const. 8. §. 4. const. 9. C. 5. 17. — Nov. 22. c. 16. Die Verletzung dieser Vorschrift macht übrigens die neue Ehe selbst, wenigstens wenn die frühere durch den Tod des Mannes aufgelöst worden ist, nicht nichtig, sondern ist nur mit Infamie und Vermögensstrafen verbunden. fr. 1. fr. 11. §. 1. D. 3. 2. — Nov. 22. c. 22. S. unten §. 537.

(*e*) Die ersten Verordnungen darüber sind von Constantin's Söhnen. const. 1. 2. C. Th. 9. 25. — const. 5. C. 1. 3. — Nov. 5. c. 8. — Nov. 6. c. 1. §. 7. — Nov. 123. c. 14. 29. In der heidnischen Zeit war den Vestalinnen die Ehe bis nach Zurücklegung einer dreißigjährigen Dienstzeit verboten. — Dirksen civ. Abh. B. 1. S. 311 ff.

(*f*) Dieses verordnet zuerst Justinian, der aber den Eintritt eines Verheirateten in den geistlichen Stand noch erlaubt. const. 45. C. 1. 3. — Nov. 6. c. 5. — Nov. 22. c. 42. — Nov. 123. c. 12.

§. 509.

B. Relative Ehehindernisse. 1. Wegen Verwandtschaft.

Unter Voraussetzung der Ehefähigkeit derjenigen Personen, die eine Ehe eingehen wollen, ist sodann ferner erforderlich, daß der von ihnen beabsichtigten Ehe kein besonderes gesetzliches Verbot entgegenstehe (*a*). Die Eheverbote des Römischen Rechts (*b*), wodurch die Ehe unter gewissen an sich ehefähigen Personen untersagt wird, haben ihren Grund: 1. in zu naher Verwandtschaft (*c*). Aus diesem Grunde ist die Ehe verboten: a) zwischen Personen, die in gerader Linie mit einander verwandt sind, durchaus und ohne Unterschied des Grades, die Verwandtschaft sei eine natürliche, durch Zeugung entstandene, oder eine juristische, durch Adoption begründete, in welchem letztern Falle das Verbot selbst dann fortdauert, wenn auch das Adoptionsband in der Folge wieder aufgelöst sein sollte (*d*). b) Zwischen Seitenverwandten im zweiten Grade und zwischen solchen, von denen die eine unmittelbar, die andere mittelbar von dem gemeinschaftlichen Stammvater abstammt (*dd*), was man jetzt

respectus parentelae nennt (§. 129. Note *b*.). Dasselbe Verbot erstreckt sich auch auf Personen, die durch Adoption in ein, dem geschwisterlichen oder dem respectus parentelae ähnliches Verhältniß zu einander gekommen sind, jedoch nur so lange die Adoption dauert (*e*). Die Ehe zwischen Geschwisterkindern ist dagegen nach Römischem (*ee*) Rechte erlaubt (*f*).

(*a*) Jo. Bapt. Theod. de Jonghe Diss. de matrimonio eiusque impedimentis. Leodii 1823 (enthält eine genaue vergleichende Zusammenstellung der Gesetzgebungen alter und neuer Zeit über die Ehehindernisse). — Hartitzsch Eherecht §. 30—97.

(*b*) M. S. T. Mertens Diss. de nuptiis iure Romano prohibitis. Traj. ad Rhen. 1811. — Zimmern RG. B. 1. §. 149—151. — v. Keller Grundriß §. 204.

(*c*) Gajus I. §. 58—64. — Epit. Gaj. I. 4. — Coll. Leg. Mos. et Rom. tit. 6. — Cod. Theod. 3. 12. — Inst. 1. 10. — Cod. 5. 5. — Reitz excurs. ad Theophilum. T. 2. p. 1183. — Mor. Schlegel systematische Darstellung der verbotenen Grade der Verwandtschaft und Schwägerschaft bei Heiraten. Hannover 1802. — Göschen Grundriß zu Pand.-Vorl. S. 328. 334. Dessen Vorles. B. 3. §. 675 ff.

(*d*) §. 1. J. 1. 10. — fr. 53. 55. D. 23. 2.

(*dd*) Nur die Ehe mit der Bruderstochter wurde durch ein Senatusconsult unter Claudius erlaubt, Gaj. I. §. 62. — Ulp. V. §. 6, jedoch von Constantin's Söhnen wieder verboten. const. 17. C. 5. 4. — const. 9. C. 5. 5.

(*e*) §. 25. J. 1. 10. — fr. 17. D. 23. 2. Ob auch die s. g. adoptio minus plena hier und in dem Falle der Note *d*. ein Ehehinderniß erzeuge oder nicht, darüber s. Lang im Arch. für die civ. Pr. B. 21. Nr. 12 und 17 und die dort angeführten Schriften.

(*ee*) Nach Canonischem Rechte ist die Ehe unter Seitenverwandten bis zum vierten Grade Canonischer Computation (§. 130. Note *a*) verboten. cap. 8. X. 4. 14. — Walter Kirchenr. §. 310.

(*f*) §. 4. J. 1. 10. — Theophilus und mit ihm mehrere Manuscripte lesen hier zwar „non possunt", allein man sehe fr. 3. D. 23. 2 und besonders const. 19. C. 5. 4., wodurch das frühere Verbot dieser Ehe (in const. 1. C. Th. 3. 10 und const. 3. C. Th. 3. 12) wieder aufgehoben worden ist.

§. 510.

2. Wegen Schwägerschaft.

2. In zu naher Schwägerschaft (*a*). Nach Römischem Rechte war früher blos die Ehe mit der Schwieger- und Stiefmutter und umgekehrt mit der Schwieger- und Stieftochter untersagt (*b*); später wurde aber auch die Ehe mit der Frau des verstorbenen Bruders und mit der Schwester der verstorbenen Frau verboten (*c*). Auch gehört hierher noch das Verbot der Ehe wegen der s. g. Quasi-Schwägerschaft zwischen dem Ehemanne und der von der geschiedenen Ehefrau nachher mit einem andern Manne erzeugten Tochter (*d*), zwischen dem Vater und der Braut des Sohnes, zwischen dem Sohne und der Braut des Vaters (*e*), zwischen dem Stiefvater und des Stiefsohnes Wittwe und zwischen dem Stiefsohn und des Stiefvaters Wittwe (*f*).

(*a*) Heineccius ad Legem Juliam et Pap. Popp. lib. 2. cap. 17. — Walter a. a. O. §. 312 u. 313. — Göschen Grundr. S. 330. 334. Vorles. §. 676.

(*b*) §. 6. 7. J. 1. 10. — fr. 14. §. 4. D. 23. 2. — fr. 4. §. 5—7. D. 38. 10. — const. 17. C. 5. 4.

(*c*) const. 2. 4. C. Th. 3. 12. — const. 5. 8. 9. C. 5. 5. — Dabei ließ es auch lange das Canonische Recht; späterhin ging es aber weiter. can. 15. C. 35. qu. 2. — cap. 8. X. 4. 14.

(*d*) §. 9. J. 1. 10.

(*e*) §. 9. J. cit.

(*f*) fr. 15. D. 23. 2. Stiefgeschwister (oder, wie man auch wohl sagt: zusammengebrachte Kinder, comprivigni) dürfen sich heirathen, weil zwischen ihnen weder Verwandtschaft noch Schwägerschaft besteht. S. oben §. 133. Note c. §. 135. Note *b*. — §. 8. J. 1. 10. — fr. 34. §. 2. D. 23. 2.

§. 511.

3. Aus andern Gründen (*).

3. Wegen der Religionsverschiedenheit beider Theile ist die Ehe verboten zwischen Juden und Christen (*a*); 4. wegen eines Verbrechens, zwischen dem Ehebrecher und der Ehebrecherin (*b*), zwischen dem Entführer und der Entführten (*c*); 5. wegen Vormundschaft, zwischen dem Vormunde, oder Demjenigen, der unter seiner Gewalt oder in dessen Gewalt er steht, oder mit welchem er unter derselben Gewalt steht, oder welcher ihn beerbt hat, und der Pflegbefohlenen, so lange er nicht nach erreichter Großjährigkeit Rechnung abgelegt hat und die Zeit der in integrum restitutio abgelaufen ist (*d*); 6. aus politischen Gründen war die Ehe verboten zwischen dem praeses provinciae oder andern Provincialbeamten und einer Provincialin (*e*); 7. der Ehrbarkeit wegen zwischen Freigebornen und famosae mulieres (*f*); endlich 8. wegen Standesungleichheit (*g*) zwischen Senatoren oder ihren Abkömmlingen durch Männer bis zum dritten Grade und Freigelassenen, sowie mit Schauspielern und deren Kindern (*h*). Indessen war in den Fällen unter 7 und 8 die Ehe nach der lex Julia et Papia Poppaea nicht nichtig, sondern schützte nur nicht gegen die Strafen der Ehelosigkeit (*hh*), später wurde sie in einem Theile dieser Fälle für nichtig erklärt (*hhh*), unter den christlichen Kaisern aber und besonders (*i*) durch Verordnungen Justin's (*ii*) und Justinian's (*k*) fielen diese Ehehindernisse ganz hinweg.

*) Das Canonische Recht hat außer den hier §. 509—511 angeführten noch mehrere andere Eheverbote und unterscheidet dabei überhaupt zwischen impedimenta dirimentia, wodurch auch die schon eingegangene Ehe vernichtet wird, und impedientia, wodurch blos die Eingehung der Ehe einstweilen verhindert, diese selbst aber, wenn sie demohnerachtet eingegangen ist, nicht vernichtet wird. S. darüber: Walter §. 304 ff.

(*a*) Theils von Constantin, theils von Theodos II. const. 2. C. Th. 3. 7. — const. 6. C. 1. 9. — Aus religiösen Rücksichten verbietet auch schon Justinian die Ehe zwischen dem Taufpathen und dem Täufling. const. 26. C. 5. 4. Vergl. §. 128 Note *a*.

(*b*) fr. 26. D. 23. 2. — fr. 13. D. 34. 9. — Nov. 134. c. 12. — Nach dem neuern Canonischen Rechte ist die Ehe zwischen dem Ehebrecher und der Ehebrecherin nur noch in den zwei Fällen verboten, wenn sie dem andern Ehegatten nach dem Leben getrachtet, oder auf den Fall des Todes desselben einander die Ehe versprochen haben. cap. 1. 3. 6. X. 4. 7. — cap. 6. X. 4. 17. — Vergl. Schrader Abh. aus dem Civilr. S. 9—18.

(*c*) Seit Constantin. const. un. C. 9. 13. — Nov. 143. 150. — Durch das Canonische Recht ist auch dies aufgehoben, wenn die Entführte außer der Gewalt ihres Entführers ihre freie Einwilligung zur Ehe gibt. cap. 6. 7. X. 5. 17. — Conc. Trid. Sess. 24. de reformat. matr. c. 6.

(*d*) Durch ein Senatusconsult unter Marcus und Commodus. fr. 59. fr. 62. §. 2. fr. 66. D. 23. 2. — Cod. 5. 6. — Jos. Lud. Ern. Püttmann de pupilla a tutore eiusque filio haud ducenda. Lips. 1783. et in Ejusd. adversar. iur. L. 3. c. 3. — J. G. van Vredenburch Diss. de prohibitis nuptiis inter tutorem et pupillam. Lugd. Bat. 1805.

(*e*) Zuerst durch kaiserliche Mandate. fr. 57. pr. fr. 63. D. 23. 2. — Cod. Th. 3. 11. — Cod. Just. 5. tit. 2. 7.

(*f*) Ulp. XVI. §. 2. Vergl. Ulp. XIII.

(*g*) Seit wann zwischen den Patriciern und Plebejern connubium besteht, darüber siehe §. 24 b. — In älterer Zeit war auch einer Freigelassenen die gentis enuptio in der Regel nicht gestattet. LIV. XXXIX. 19. — PH. ED. HUSCHKE de privilegiis Fescenniae Hispalae SCto. concessis. Gött. 1822. p. 33—46. p. 56—63.

(*h*) ULP. tit. 13. tit. 16. §. 2. — fr. 43. §. 7—13. fr. 44. D. 23. 2. — HEINECCIUS ad leg. Iul. et Pap. Popp. lib. 2. c. 1. 2.

(*hh*) v. Savigny Syst. B. 2. S. 516 ff.

(*hhh*) fr. 16. pr. D. 23. 2. — fr. 16. D. 23. 1. Vergl. fr. 3. §. 1. D. 24. 1. — fr. 27. 34. §. 3. fr. 42. §. 1. D. 23. 2. — const. 1. C. 5. 27. — const. 7. C. 5. 5.

(*i*) S. auch Cod. Theod. 8. 16 und Cod. Iust. 8. 58.

(*ii*) const. 23. C. 5. 4. Diese Constitution wird zwar allgemein Justinian zugeschrieben, allein die Inscription derselben ist falsch, wie schon HEINECCIUS ad Leg. Iul. et Pap. Popp. lib. 2. c. 2. §. 4 bewiesen hat.

(*k*) const. 28. 29. C. 5. 4. — Nov. 78. c. 3. — Nov. 117. c. 6.

§. 512.

C. Wirkung der Ehehindernisse. Putative Ehe.

Wenn eine Ehe, ohnerachtet derselben eins der in §. 509—511 angeführten Ehehindernisse entgegensteht, dennoch eingegangen worden ist, so ist sie nach Justinian's ausdrücklicher Vorschrift von Rechtswegen nichtig und hat weder in Ansehung der Ehegatten, noch der Kinder die rechtlichen Wirkungen einer rechtmäßigen Ehe (*a*). War bei Eingehung derselben ein Theil, oder waren beide Theile in gutem Glauben, d. h. wußte der eine oder der andere nicht, oder wußten beide nicht, daß ihrer ehelichen Verbindung ein Hinderniß der Art entgegenstehe, so nennt man ihre Verbindung eine putative Ehe. Die beiden Regeln, daß hier derjenige Theil, der sich in gutem Glauben befand, alle Rechte eines wahren Ehegatten habe, und daß die Kinder in Beziehung auf beide Ehegatten als eheliche Kinder angesehen werden (*b*), stellt das Römische Recht noch nicht auf (*c*), obgleich dieses gewöhnlich behauptet wird (*d*).

(*a*) §. 12. J. 1. 10. — Cod. 5. 8. Ueber das Canonische Recht s. §. 511. Note *.

(*b*) Jo. NIC. HERTII Diss. de matrimonio putativo; in opusc. Vol. 1. T. 1. p. 245.

(*c*) Wohl aber das Canonische. cap. 2. 11. 14. X. 4. 17.

(*d*) Wegen fr. 57. §. 1. D. 23. 2 und const. 4. C. 5. 5. Diese Stellen beweisen es aber nicht, v. Buchholtz jur. Abh. Nr. 13, wenn auch const. 3. C. 5. 18 nicht direct entgegensteht, Fuhr in Schunck's Jahrb. B. 22. S. 39.

§. 513.

IV. Art der Eingehung der Ehe.

Zur Eingehung einer giltigen Ehe (*) genügte nach Römischem Rechte (**) die bloße Einwilligung beider Theile (*a*) und derjenigen Personen, in deren Gewalt sie sich befinden (*b*). Nur die Großwürdenträger des Reichs und personae illustres sollten nach Justinian's Vorschrift bei Eingehung einer Ehe schriftliche Eheverträge (dotalia instrumenta) errichten (*c*). Die Einwilligung zur Ehe muß aber fehlerfrei sein, weshalb namentlich Wahnsinn, Raserei und Irrthum in der Person, oder in wesentlichen Eigenschaften derselben, die Ehe nichtig machen (*d*).

*) Es ist hier von der unter Justinian allein noch vorkommenden Ehe ohne *manus* die Rede. Die ehemalige manus mariti (§. 504. Note *g*.) konnte auf dreierlei Weise entstehen: usu, farreo s. confarreatione, und coëmtione. GAJ. I. §. 110. Usu entstand sie, wenn eine Frau, die nicht in der Tutel stand, bei dem Manne ein Jahr lang ununterbrochen, d. h. ohne drei Nächte (trinoctium) aus seinem Hause

zu bleiben, wohnte. Gaj. I. §. 111. — Serv. ad Georg. I. 31. — Cic. pro Flacco c. 34. — Gell. III. 2. — Macrob. Saturn. I. 3. — Farreo entstand sie durch ein feierliches Opfer von Weißbrod (farreum s. panis farreus), wobei gewisse Priester und zehn Zeugen zugegen waren und förmliche Worte und Handlungen vorkamen. Gaj. I. §. 112. — Ulp. IX. — Serv. l. c. Id. ad Aen. IV. 103. 374. — Die coëmtio endlich war ein Scheinkauf, welchen der Mann per aes et libram mit der Frau unter der auctoritas ihres Tutors, oder, wenn sie filiafamilias war, ihres parens, abschloß. Gaj. I. §. 113. 195. — Cic. pro Murena c. 12. de orat. I. 56. pro Flacco c. 34. pro Cluentio c. 5. — Serv. ad Georg. I. 31. ad Aen. IV. 103. 214. — Boeth. ad Top. c. 3. — Collat. IV. 2. 7. — v. Keller Grundr. §. 208. — Die confarreatio scheint nur für Patricier, die beiden andern Entstehungsarten dagegen scheinen, wenigstens seit den zwölf Tafeln, ohne Unterschied des Standes eingeführt gewesen zu sein. Der coëmtio matrimonii causa wurde die coëmtio fiduciae causa nachgebildet, auf welche wir unten zurückkommen werden. Gaj. I. §. 114. 115. 115a. 118. 118a. 136. 195. — v. Keller a. a. O. — Die Entstehungsarten der manus mariti kamen nach und nach ab und mit ihnen die manus mariti selbst. Die Entstehung durch usus war zur Zeit von Gajus bereits abgekommen, theils durch Gesetze, theils durch desuetudo. Gaj. I. §. 111. Die confarreatio kam zwar, so lange das Heidenthum herrschte, noch vor, weil gewisse Priester aus einer confarreirten Ehe abstammen und in einer solchen leben mußten, Tac. Ann. IV. 16. — Serv. ad Aen. IV. 103. 374. — Gaj. I. §. 112., s. auch Serv. ad Georg. 1. 31. — Tac. Hist. IV. 53. — Festus v. Flaminius; allein nach einem Gesetz unter Tiberius wurde durch diese Ceremonie die manus mit ihren civilrechtlichen Wirkungen nicht mehr begründet. Tac. Ann. IV. 16. — Gaj. I. §. 136. Die coëmtio war daher schon zur Zeit von Gajus die einzige Entstehungsart der manus, und im Corpus iuris, so wie schon im Codex Theodosianus, ist auch von ihr nicht mehr die Rede, ohne daß wir näher wissen, wann und wie sie abgekommen ist.

(**) Nach Canonischem und heutigem Rechte sind bei Eingehung einer Ehe mehrere Formalitäten zu beobachten, welche jedoch bei den verschiedenen Religionsparteien und nach den neueren Gesetzgebungen verschieden sind und deren Erörterung dem Kirchenrecht überlassen bleiben muß. Wiese Handbuch des Kirchenrechts B. 2. S. 660 folg. B. 3. S. 401 folg. — Walter §. 298 ff. — Chr. Wilh. Flügge Geschichte der kirchlichen Einsegnung und Copulation der Ehen. 2te Ausg. Lüneburg 1809. — Hartitzsch Eherecht §. 155—175.

(*a*) fr. 2. D. 23. 2. — fr. 15. D. 35. 1. — fr. 30. D. 50. 17. — Hasse Güterrecht §. 30—39. — Ortolan in der Thémis X. p. 496.

(*b*) fr. 2. 19. D. 23. 2. und pr. J. 1. 10. — Ulpian. V. 2. — Paulus II. 19. §. 2. Der emancipirte Sohn bedurfte deshalb der Einwilligung seines Vaters nicht. fr. 25. D. 23. 2. Doch durfte sie auch bei dem Kinde in väterlicher Gewalt nicht ohne hinreichenden Grund verweigert werden, sonst hatte die Obrigkeit das Recht, den Vater dazu zu zwingen. fr. 19. D. ibid. — Zimmern RG. B. 1. §. 147. Bei uns ist gewöhnlich die Einwilligung beider Eltern erforderlich. G. L. Boehmer electa iur. civ. T. 1. nr. 16. — Joh. Glob. Hennig über die Rechte und Befugnisse der Eltern bei Verheirathungen der Kinder. Wittenberg und Zerbst 1797.

(*c*) Nov. 117. c. 4. 6. Vorher hatte er in der Nov. 74. c. 4. dieses allen Personen von senatorischem oder höherem Range vorgeschrieben und ebenso allen geringeren Standespersonen; nur sollten die letzteren auch die Protocollirung in der Kirche vorziehen dürfen.

(*d*) fr. 16. §. 2. D. ibid. — Paulus II. 19. §. 7. — const. 14. C. 5. 4. — Vergl. cap. 6. 14. 15. 24. 28. X. 4. 1. — cap. 2. X. 4. 7.

Zweites Kapitel.

Von den Wirkungen der Ehe.

§. 514.

I. In Ansehung der Person der Ehegatten. A. Gemeinschaftliche Rechte.

Das persönliche Verhältniß der Ehegatten zu einander wird bestimmt durch den Begriff und das Wesen der Ehe (§. 504.). Sie ist eine

Gemeinschaft des ganzen Lebens und aller Schicksale der Ehegatten. Alles, was aus diesem Begriffe folgt, das ist Recht und Pflicht des einen Ehegatten gegen den andern (*). Jedoch hat man keine juristischen Zwangsrechte, sondern nur Pflichten (*a*), ausgenommen insofern positive Gesetze in dem einen oder andern Punkte etwas Anderes festsetzen. Soviel nun A. die gemeinschaftlichen Rechte und Pflichten beider Ehegatten anbetrifft, so sind nur folgende Bestimmungen des Römischen Rechts herauszuheben (*b*). Wegen der Achtung und zarten Rücksicht, welche die Ehegatten einander erweisen sollen, ist keine poenalis oder famosa actio zwischen ihnen zulässig (*c*), sie haben gegen einander das s. g. beneficium competentiae (§. 488.) und sollen nicht genöthigt werden, Zeugniß gegen einander abzulegen (*d*). Die Verletzung der ehelichen Treue wird mit Nachtheilen bedroht, jedoch fast nur, wenn sie von der Frau verübt wird (*e*), welche dadurch ein schweres Criminalverbrechen begeht.

*) Dazu kam aber ehemals, wenn die Frau in der manus des Mannes war, noch Folgendes, was da, wo sie uxor tantum war, also nach Justinianeischem Rechte, immer, hinwegfiel. Die Frau war dem Manne filiae loco und seinem Vater, in dessen potestas er stand, neptis loco. Gaj. I. §. 111. 114. 115 b. 136. II. §. 139. 159. III. §. 3. — Ulp. XXII. §. 14. — Sie hörte mithin auf, sui iuris zu sein, wenn sie es vorher gewesen war, und trat aus der patria potestas, wenn sie vorher darin gestanden war. Zugleich trat sie wie eine Adoptivtochter in den Agnatenverein ihres Mannes und kam namentlich mit den agnatischen Kindern desselben in das Verhältniß einer agnatischen Schwester. Gaj. III. §. 14. 24. — Coll. XVI. §. 6. Dagegen trat sie aus dem bisherigen Agnatenverein aus, erlitt also eine minima capitis diminutio. Gaj. I. §. 162. IV. §. 38. — Ulp. XI. §. 13.

(*a*) Vergl. Walter KR. §. 317. — Hartitzsch Eherecht §. 182—198.

(*b*) So ist z. B. an ein Zwangsrecht auf die Leistung der s. g. ehelichen Pflicht, d. h. des ehelichen Beischlafs (ius in corpus), nach Römischem Recht nicht zu denken. Vergl. aber c. 3. C. 32. qu. 2. — c. 12. 14. C. 32. qu. 4.

(*c*) fr. 2. D. 25. 2. — const. 2. C. 5. 21. — const. ult. §. 4. init. C. 6. 2. — Vergl. §. 446.

(*d*) fr. 10. pr. D. 38. 10.

(*e*) Ueber einen Fall, in welchem der Mann sie verübt, s. Nov. 117. c. 9. §. 5.

§. 515.

B. Besondere Rechte eines jeden Ehegatten.

B. Die besonderen Rechte, welche das Römische Recht 1. dem Manne ausdrücklich einräumt (*a*), sind: er hat den gemeinschaftlichen Wohnort zu bestimmen und die Frau hat ihm an seinen Wohnort zu folgen, ausgenommen, wenn er eines Verbrechens wegen verwiesen wird (*b*). Gegen dritte Personen, die die Frau gegen ihren Willen dem Manne vorenthalten, hat er Interdicte, ähnlich denjenigen, welche dem Hausvater zustehen (*c*); er kann ferner in Processen der Frau als vermutheter Anwalt für sie auftreten (*d*) und wegen der Injurien, die gegen sie begangen werden, auch in eigenem Namen die Injurienklage anstellen (*e*). Endlich wird auch gelegentlich erwähnt, daß er obsequium et reverentiam von ihr verlangen kann (*f*). Dagegen kann 2. die Frau vom Manne Schutz und Vertheidigung verlangen (*g*); sie erwirbt den Namen und Stand des Mannes und damit zugleich auch den Gerichtsstand desselben (*h*). Diese letzteren Rechte behält sie auch nach dem Tode des Mannes, so lange sie nicht zur zweiten Ehe schreitet (*i*).

(*a*) fr. 5. D. 43. 2. — fr. 65. D. 5. 1. — const. 9. C. 10. 39.

(*b*) arg. const. 22. C. 9. 47. — const. 24. C. 5. 16.

(*c*) fr. 2. D. 43. 30. — const. 11. C. 5. 4.
(*d*) const. 21. C. 2. 13.
(*e*) fr. 2. D. 47. 10.
(*f*) fr. 14. §. 1. in f. D. 24. 3. — const. 12. §. 1. C. 8. 18.
(*g*) fr. 2. cit.
(*h*) const. 9. C. 10. 39. — const. 13. C. 12. 1. — Vergl. Nov. 22. c. 36.
(*i*) fr. 22. §. 1. D. 50. 1.

§. 516.

II. In Ansehung des Vermögens der Ehegatten.

Auf das Vermögen der Ehegatten hat die Ehe an und für sich, d. h. von Rechtswegen, im Ganzen keinen Einfluß (*). Das Vermögen beider Ehegatten bleibt vielmehr in dem Zustande, wie bisher, und getrennt von einander. Jeder Ehegatte bleibt Eigenthümer seines Vermögens (*a*) und behält freie Dispositionsbefugniß über dasselbe. Soll hierin eine Veränderung eintreten, so muß dieß durch ein besonderes Rechtsgeschäft bewirkt werden. Solche Rechtsgeschäfte sind aber häufig, wegen der Rechtsregel, daß der Mann die Kosten des ehelichen Zusammenlebens, oder wie man sich ausdrückt, die Lasten der Ehe, allein zu tragen hat (*b*). Dabei kommen nun insbesondere in Betracht: die dos, die propter nuptias donatio, die parapherna und die pacta dotalia. Sodann gibt es auch Thatsachen, deren rechtliche Wirkungen geringer sind, wenn die Personen, um welche es sich handelt, mit einander verehelicht sind, als wenn dieses nicht der Fall wäre (§. 446. §. 514 Note *c*.). Besonders gilt dieses von der donatio inter virum et uxorem, von welcher daher hier auch noch die Rede sein soll.

(*) Dieses gilt von der Ehe ohne manus. Die ehemalige uxor in manu mariti war eben so wenig fähig, eigenes Vermögen zu haben, als es in älterer Zeit der filiusfamilias war; vielmehr ging Alles, was sie unmittelbar vor dem Eintritt in die manus hatte, von selbst auf den Mann, und wenn er noch in der Gewalt stand, auf seinen parens über, und was durch sie während der Dauer der manus erworben wurde, das gehörte ebenfalls dem Haupte dieser Familie. Gaj. II. §. 86. seqq. III. §. 82. seqq. — Ulp. XIX. §. 18.
(*a*) Jedoch wird im Zweifel und bis dahin, daß das Gegentheil bewiesen ist, Alles, was sich in den Händen der Frau befindet, als von dem Manne herrührend und der Frau geschenkt angesehen (s. g. praesumtio Muciana). fr. 51. D. 24. 1. — const. 6. C. 5. 16. — Christ. Schaper (Pr. Jo. Fr. Eisenhart) de reg. iur., quod in casu dubio omnia bona mariti esse praesumenda sint, caute adhibenda. Helmst. 1771. — Glück Comm. Th. 24. S. 390 ff. B. 26. S. 217 ff.
(*b*) fr. 20. §. 2. init. fr. 46. D. 10. 2. — fr. 7. pr. fr. 56. §. 2. D. 23. 3.

§. 517.

A. Dos (*a*). 1. Begriff.

Brautschatz oder Heirathsgut (dos, res uxoria) (*aa*) heißt alles dasjenige, was bei einer Ehe von der Frau selbst oder von einem Andern durch ein besonderes Rechtsgeschäft in das Vermögen des Ehemanns (*b*) übertragen wird, in der Absicht, ihm die ehelichen Lasten dadurch zu erleichtern (*c*). Der Mann behält es für sich, so lange die Ehe dauert, aber nach Beendigung der Ehe muß er es der Regel nach zurückerstatten und es findet deshalb die actio dotis gegen ihn Statt (§. 524.). Jede dos setzt übrigens voraus, daß eine wahre und giltige Ehe wirklich vorhanden sei (dos sine nuptiis esse non potest) (*d*).

(*a*) Ulp. VI. — Paulus II. 21. 22. — Cod. Theod. III. 13. — Dig. XXIII. 3—5. — Cod. V. 11—15. — Nov. 91. Nov. 97. c. 2—6. Nov. 100. Nov. 109. — Fragm. Vaticana tit. de re uxoria ac dotibus §. 94. seqq. — Donelli comm. iur. civ. Lib. 14. cap. 4—8. — Jul. Caponi Tract. de dote. Col. Allobr. 1733. — Jos. Finestres et de Monsalvo de iure dotium. Cervariae 1754. — Jo. Ge. Geyert Diss. de iuribus et obligationibus circa dotem. Gött. 1785. — C. Schenk das Recht der dos vor Justinian. Landshut 1812. — L. M. Rambonnet Spec. observ. quibus illustratur historia iuris dotium apud Romanos. Traj. ad Rhen. 1819. — Burchardi Rechtssystem der Römer S. 139—159. — Glück Comm. Th. 24. §. 1229. Th. 25. §. 1230—1252. Th. 27. §. 1273 ff. — Joh. Christ. Hasse das Güterrecht der Ehegatten nach Röm. Recht. B. 1. §. 58 ff. — Zimmern RG. B. 1. §. 156—161. — Friedr. Wilh. von Tigerström das Römische Dotalrecht. 2 B. Berlin 1831—1832. — Heimbach im Rechtslex. B. 2. S. 398 ff. — Unterholzner Schuldverh. B. 2. §. 537 ff. — Sintenis Civilr. B. 3. §. 132 ff.

(*aa*) Die Frage, ob auch bei einer Ehe mit manus eine wahre dos vorkommen konnte, ist streitig. Vergl. Cic. Top. c. 4. pro Flacco c. 34. — Fragm. Vat. §. 115. — Hasse Güterrecht. B. 1. S. 220 ff. und im Rhein. Mus. B. 2. S. 75 ff. — Schilling Bemerkungen über R. Rechtsgesch. S. 174 ff. — Danz Lehrb. B. 1. S. 153 ff. — Hase de manu iur. Rom. p. 78. seqq.

(*b*) Steht dieser aber noch unter väterlicher Gewalt, so wird die dos dem Paterfamilias desselben bestellt. fr. 57. fr. 59. pr. D. 23. 3.

(*c*) Ueber den Begriff der dos sehe man, außer den Note *a*. angef. Schriftstellern, auch noch: Franc. Guil. Lud. de Meyerfeld Disp. de quibusdam quae de dote actione reddenda sunt. Marb. 1826. §. 1. Auch die bei uns so häufig vorkommende Aussteuer der Frau (apparatus s. instructus muliebris), worunter man diejenigen Sachen versteht, welche die Frau für ihre persönlichen Bedürfnisse und zur ersten Einrichtung des neuen Haushalts mitbringt, gehört zur dos und hat mit derselben gleiche Rechte und Vorrechte. — Pufendorf Obs. T. 1. nr. 206. — Struben rechtl. Bed. B. 1. nr. 53. — Glück B. 24. S. 434.

(*d*) §. 12. J. 1. 10 — fr. 3. 21. 39. §. 1. fr. 43. pr. fr. 76. in fin. D. 23. 3. — fr. 4. §. 2. D. 2. 14. const. 20. C. 5. 3.

§. 518.

2. Gegenstand derselben.

Gegenstand der dos kann Alles sein, wodurch eine Vermehrung des Vermögens des Ehemannes bewirkt wird (*a*). Also nicht blos körperliche Sachen aller Art, sondern auch ein ius in re (*b*), die Verzichtleistung auf ein solches dotis causa (*c*), eine Forderung gegen Dritte (*d*), die Verzichtleistung auf eine Forderung gegen den Mann selbst (liberatio mariti dotis causa facta) (*e*), endlich der Verzicht auf ein blos deferirtes Recht zu Gunsten des Ehemannes dotis causa (*f*). Auch kann die Frau ihr ganzes Vermögen dem Manne in dotem bestellen. Dieß ist jedoch immer nur vom reinen Vermögen, nach Abzug ihrer Schulden, zu verstehen. Eine Universal-Succession wird dadurch aber niemals begründet, weshalb denn auch der Mann in einem solchen Falle nicht persönlich für die Schulden der Frau haftet (*g*).

(*a*) Hasse §. 72. — Tigerström B. 1. §. 16. 17.

(*b*) fr. 7. §. 2. D. 23. 3.

(*c*) fr. 57. D. 24. 3.

(*d*) const. 2. C. 4. 10.

(*e*) fr. 12. §. 2. fr. 41. §. 2. fr. 43. pr. D. 23. 3.

(*f*) fr. 14. §. 3. D. 23. 5.

(*g*) fr. 72. D. 23. 3. — const. 4. C. 5. 12. — fr. 39. D. 50. 16. Vergl. oben §. 431. a. E.

§. 519.

3. Arten derselben.

Eine dos kann Jeder bestellen, welcher frei über sein Vermögen zu verfügen berechtigt ist. 1. In Beziehung auf das Recht, die dos nach getrennter Ehe zurückzufordern, ist aber ein Unterschied zwischen profectitia und adventitia dos (*a*). Profectitia heißt diejenige, welche aus dem Vermögen des Vaters oder des väterlichen Großvaters der Frau herrührt, dieser mag sie nun unmittelbar selbst bestellen, oder einem Andern Auftrag zur Bestellung derselben geben (*b*). Hier steht alsdann die dotis actio, wenn die Ehe aufhört, zuweilen dem Besteller von Rechtswegen, auch ohne besondern Vorbehalt, zu (*c*). Adventitia ist jede dos, welche nicht profectitia ist, sie mag nun von der Frau aus ihrem eigenen Vermögen (*cc*), oder von der Mutter der Frau oder von einem Dritten bestellt sein (*d*). Die dotis actio steht hier in der Regel immer der Frau und ihren Erben zu, ausgenommen, wenn der Constituent sich die Rückforderung derselben ausdrücklich vorbehalten hat, in welchem Falle sie receptitia dos genannt wird (*e*). 2. Die Bestellung einer dos hängt in der Regel von dem freien Willen des Constituenten ab. Doch ist ausnahmsweise der Vater und der väterliche Großvater der Frau dieselbe nach Verhältniß seines Vermögens zu dotiren rechtlich verpflichtet (*f*), wenn sie selbst kein Vermögen hat (*g*), und ebenso kann unter dieser Voraussetzung auch die Mutter, jedoch nur aus wichtigen Gründen, dazu angehalten werden (*h*). Einige halten auch die Frau selbst, wenn sie Vermögen hat, für rechtlich verpflichtet, eine dos zu bestellen (*i*). Diejenige dos nun, deren Bestellung auf rechtlicher Nothwendigkeit beruht, nennt man jetzt dos necessaria, im Gegensatz von dos voluntaria, welche von dem freien Willen des Constituenten abhängt. 3. Eine jede dos, welche nicht geradezu in einer Geldsumme besteht, kann bei ihrer Bestellung dem Manne zu einem bestimmten Geldwerthe zugeschätzt werden (dos aestimata). In diesem Falle wird alsdann der Mann der Regel nach als Käufer der Dotalsachen und als Schuldner der Frau auf den taxirten Werth derselben betrachtet (dos venditionis causa aestimata), jedoch so, daß er bei getrennter Ehe die Wahl hat, ob er die ihm eingebrachten Dotalsachen selbst, oder den taxirten Werth derselben restituiren will (*k*). Doch kann durch besondere Verabredung der Zweck der Abschätzung der Dotalsachen auch auf andere Weise bestimmt werden (dos taxationis causa aestimata) (*l*).

(*a*) Hasse §. 90—106. — Tigerström B. 1. §. 4.
(*b*) fr. 5. pr. §. 1—8. D. 23. 3. — Ulpian. 6. 3.
(*c*) fr. 6. pr. D. 23. 3. — Ulpian. 6. 4. — const. 4. C. 5. 18.
(*cc*) A. M. ist Tigerström B. 1. S. 45., welcher sie in diesem Falle dos schlechthin, im Gegensatze von profectia und adventitia dos nennt; allein man sehe: fr. 5. §. 11. in fin. D. 23. 3.
(*d*) fr. 5. §. 9. 11. 14. D. 23. 3. — Ulpian. 6. 3.
(*e*) Ulpian 6. §. 5. 6. — fr. 33. D. 23. 3. — fr. 31. §. 2. D. 39. 6. — const. un. §. 13. C. 5. 13. Vergl. unten § 523.
(*f*) fr. 19. D. 23. 2. — fr. 69. §. 4. D. 23. 3. — fr. 6. D. 37. 6. — const. 7. C. 5. 11. — Auf väterliche Gewalt kommt es dabei nicht an, daher ist auch die emancipirte Tochter berechtigt, von ihrem Vater eine dos zu fordern. arg. fr. 5. §. 11. 12. D. 23. 3. und const. 7. cit. — Hasse S. 347. — A. M. ist Tigerström B. 1. S. 73. — Uebrigens ist auch der Adoptiv-Vater zur Dotation der adoptirten Tochter rechtlich verpflichtet. fr. 5. §. 13. D. ibid. — Auf die Erben des Vaters geht aber die Pflicht, die Tochter zu dotiren, nicht über, ausgenommen, wenn er die dos bei seinem Leben schon versprochen hat. fr. 44. pr. D. 23. 3. — const. 5. C.

5. 11. — Von einer Pflicht des Vaters, die Tochter für dieselbe Ehe zum zweiten Mal zu dotiren, wenn die erste dos zufällig verloren gegangen ist, weiß das Röm. Recht nichts. Wohl aber muß der Vater, wenn er die dos aus der ersten Ehe der Tochter zurückerhalten hat, ihr dieselbe unvermindert bei Eingehung einer zweiten Ehe wieder bestellen. Auth. *sed quamvis* C. 5. 13. — Zimmern im Arch. für die civ. Pr. B. 2. S. 201. — Glück Comm. Th. 25. S. 78 ff. — Roßhirt in s. Zeitschr. B. 2. S. 439 ff.

(*g*) arg. fr. 5. §. 7. D. 25. 3. — Jetzt spricht man der Tochter das Recht, eine dos zu fordern, auch dann ab, wenn sie sich wider den Willen der Eltern verheirathet, oder wenn sie sich einer Enterbungsursache schuldig macht.

(*h*) const. 14. C. 5. 12. Vergl. const. 19. §. 1. C. 1. 5.

(*i*) Tigerström B. 1. S. 57. wegen fr. 52. D. 26. 7. — const. 9. 22. C. 5. 37. Dagegen: Hasse §. 102 wegen fr. 32. §. 2. D. 12. 6. und besonders Fuhr in s. und Hoffmann's civ. Vers. Darmstadt 1835. S. 135 ff. wegen const. 1. C. 5. 11.

(*k*) fr. 10. pr. D. 23. 3. — fr. 9. §. 3. D. 20. 4. — const. 5. C. 5. 12. — const. un. §. 9. 15. C. 5. 13. Ueber die Wirkungen einer solchen aestimatio dotis s. unten §. 521. 524.

(*l*) fr. 10. §. 6. fr. 69. §. 7. D. 23. 3. — fr. 50. D. 24. 3. — const. 1. C. 5. 23. — const. 21. C. 5. 12. S. überhaupt: Geiger und Glück Rechtsfälle B. 2. Nr. 31. — Chr. Gottl. Biener quaest. cap. 46. Lips. 1813. et in eiusd. opusc. ed. Fr. Aug. Biener Vol. II. nr. 41. — Tigerström §. 17. 50. — Göschen Grundr. S. 342. Dessen Vorles. B. 3. §. 697. I. — Czyhlarz in Linde's Zeitschr. n. F. B. 20. Nr. 1.

§. 520.

4. Von der Form der Bestellung der dos.

Die Bestellung einer dos kann sich gründen: A) auf ein Geschäft unter Lebenden, und zwar: 1. nach älterem Rechte (*a*) entweder auf promissio dotis, d. i. Versprechen einer dos durch Stipulation, oder auf dictio dotis (*aa*), d. i. Versprechen einer dos von Seite der Braut oder Ehefrau oder ihres Vaters oder ihres Schuldners durch feierliche Worte ohne vorausgehende Frage und ohne daß eine Acceptation des Versprechens erforderlich war (*b*), oder auf datio dotis, d. i. reelle Einräumung des Gegenstandes der dos ohne vorgängige promissio oder dictio (*c*). 2. Nach neuerem Rechte (*cc*) kommt es bei dem Versprechen einer dos auf die alte Form desselben durch promissio oder dictio nicht mehr an. Jedes gehörig acceptirte Versprechen einer dos und selbst die bloße pollicitatio dotis, auch wenn sie von Jemanden abgelegt ist, der früher durch dictio dotis nicht obligirt wurde, ist giltig und klagbar (*d*). Auch hat nach neuerem Rechte der Promissar wegen der ihm versprochenen dos eine gesetzliche Hypothek an dem gesammten Vermögen des Promittenten (§. 313.) (*e*). Die datio dotis ist im neuern Rechte dasselbe, wie im ältern Rechte. B) Die Bestellung einer dos kann sich aber auch gründen auf letztwillige Verordnung, wenn 1. entweder der Frau Etwas dotis nomine vermacht wird, wo diese es dem Manne als dos zu bestellen hat; 2. oder wenn dem Manne unmittelbar selbst Etwas als dos vermacht wird, wo die Bestellung derselben in dem Vermächtnisse selbst liegt (*f*). — Die Bestellung einer dos wird übrigens nie vermuthet, sondern wer die Dotaleigenschaft gewisser Sachen behauptet, muß sie beweisen (*g*).

(*a*) Ulp. VI. §. 1. — Gajus epit. II. 9. §. 3. ibique Schulting. — const. 3. C. Th. 3. 13. — Heinrich ant. Rom. Lib. 2. tit. 8. §. 4—7. — Hasse §. 73—87.

(*aa*) O. Meykow die Diction der Röm. Brautgabe. Dorpat 1850.

(*b*) Hugo RG. S. 624. — Löhr in Marezoll's und Linde's Zeitschr. B. 1. S. 227. — Marezoll Inst. §. 131. Die Meisten nehmen an, es sei eine Accep-

tation nöthig gewesen. Glück Comm. Th. 20. S. 200. — Hasse §. 82. — Schweppe RG. §. 398. — Zimmern RG. B. 1. §. 158. — Tigerström §. 13. — Schilling Bemerk. S. 328. Dessen Lehrb. B. 3. S. 301. — Danz Lehrb. B. 1. S. 157. — Einige sind der Ansicht, es sei weder eine feierliche Zusage, noch eine Acceptation derselben, sondern nur eine einfache mündliche Zusage nöthig gewesen. — Walter RG. B. 2. §. 526. — Ausführlich sucht dieses nachzuweisen Meykow S. 13 ff.

(*c*) fr. 41. §. 2. fr. 43. pr. fr. 48. §. 1. D. 23. 3. — Tigerström §. 10.

(*cc*) Nach einer Verordnung von Theodos II. und Valentinian III. Vergl. §. 436.

(*d*) const. 3. 4. C. Th. 3. 13. — const. 6. C. 5. 11. — const. 25. C. 4. 29. — Löhr a. a. O. S. 229. — A. M.: von der Nahmer Entsch. des O.-A.-G. zu Wiesbaden B. 2. Nr. 10. und die dort Angeführten. — Tigerström §. 14. — Arndts Pand. §. 397. Anm. 1.

(*e*) const. un. §. 1. C. 5. 13. — Ueber die von der dos promissa zu zahlenden Verzugszinsen: const. 31. §. 2. C. 5. 12. — Ueber die evictio dotis: const. 1. C. 5. 12. — Glück Comm. Th. 20. S. 198. Th. 25. S. 80. — Löhr a. a. O. S. 231. — Thibaut civ. Abh. S. 56.

(*f*) fr. 48. §. 1. D. 23. 3. — fr. 77. §. 9. D. 31. — fr. 71. §. 3. D. 35. 1. — Hasse §. 88. 89.

(*g*) H. G. Bauer Diss. bona uxoris paraphernalia esse praesumenda. Lips. 1762. — von Ende jurist. Abh. B. 1. nr. 13. — A. M. ist: Chr. Friedr. Ge. Meister Diss. de bonis uxoris ex iuris Romani praesumptione non paraphernalibus sed dotalibus. Gött. 1769. — Glück Comm. Th. 25. §. 1237 S. 220 ff. Th. 27. §. 1278. — S. aber A. Bechmann über die sogenannte dos tacita; in Bekker's Jahrb. B. 5. Nr. 14.

§. 521.

5. Rechte des Ehemanns an der dos.

Treten bei der Uebergabe der Dotalsachen an den Mann oder später (s. Note *f*.) die Voraussetzungen der Eigenthumserwerbung ein, so wird immer der Mann, nie die Frau, Eigenthümer derselben; insofern aber damit regelmäßig die Verpflichtung zur dermaleinstigen Restitution derselben an die Frau verbunden ist, diese also eine Forderung auf Zurückgabe derselben nach getrennter Ehe hat, läßt sich auch sagen: die dos gehört zum Vermögen der Frau (*a*). Als Eigenthümer der dos ist der Ehemann befugt, die Dotalsachen zu verwalten, alle Früchte davon zu ziehen und sie auf jede erlaubte Art zu benutzen (*b*), ohne daß er Rechnung von seiner Verwaltung abzulegen oder Caution zu bestellen brauchte (*bb*). Er erwirbt auch die Accessionen (*c*) und Surrogate derselben (*cc*), und aller Erwerb der Dotalsachen fällt an ihn (*d*). Er vererbt die dos auf seine Erben (*dd*). Er kann ferner die Dotalsachen von jedem Besitzer, selbst von seiner Frau, vindiciren (*e*), und hat zu dem Ende sowohl die rei vindicatio, als die Publiciana in rem actio (*f*). Er darf endlich die beweglichen Dotalsachen auch ohne Zustimmung der Frau frei veräußern (*g*), einem Dritten vermachen (*h*), die Dotalbaarschaften ausgeben und die Dotalforderungen aufkündigen und eincassiren, ohne daß es dazu einer Cession von Seiten der Frau bedürfte (*i*); in Ansehung der unbeweglichen Dotalsachen aber ist ihm jede freiwillige Veräußerung, worunter auch die Verpfändung begriffen ist, selbst dann verboten, wenn auch die Frau dazu einwilligen sollte (*k*); es wäre denn, daß ihm das Grundstück bei der Illation venditionis causa zugeschätzt worden ist (*kk*), wo er es nach seiner Willkür veräußern kann (*kkk*). Veräußert nun aber der Mann ein Dotalgrundstück, wo es ihm nicht erlaubt ist, so kann die Frau eine solche Veräußerung von der Zeit an, wo sie oder ihre Erben die Zurückerstattung der dos fordern können, als nichtig anfechten und das veräußerte Grundstück vindiciren (*l*), der

Mann selbst und dessen Erben aber sind hierzu nicht befugt, **sobald sie es nur in eigenem Interesse thun wollen**, d. h. wenn sie nach Beendigung der Ehe die dos lucrirt haben (*m*); wohl aber kann der Mann sonst die von ihm ungiltig vorgenommene Veräußerung selbst anfechten (*n*). Sollte endlich die Frau selbst Erbin des Mannes werden, so kann sie die widerrechtliche Veräußerung nur insoweit anfechten, als sie aus der Erbschaft des Mannes wegen ihrer dos nicht befriedigt wird (*o*).

(*a*) Gajus II. §. 62. 63. — pr. J. 2. 8. — fr. 7. §. 3. fr. 75. D. 23. 3. — fr. 21. §. 4. D. 50. 1. — fr. 3. §. 5. D. 4. 4. — const. 23. 30. C. 5. 12. Bei der von jeher (vergl. auch Haenel dissension. dominor. p. 436 seqq.) sehr bestrittenen Frage: Welches Recht hat der Ehemann an der dos? lassen sich drei Hauptmeinungen unterscheiden: 1) Nach der ältern gemeinen Meinung der Rechtsgelehrten wird der Mann, wenn die dos in fungiblen Sachen besteht, oder ihm venditionis causa zugeschätzt worden ist, wahrer Eigenthümer derselben, sonst verbleibt das wirkliche Eigenthum derselben (dominium naturale) der Frau, es ruht aber während der Ehe, und dem Ehemanne gebührt die Ausübung desselben kraft eigenen Rechts, oder das s. g. dominium civile. Hellfeld iurispr. for. §. 1234—1236. — Hartitzsch Eherecht §. 255—257. — Thibaut Pand. §. 447. 448. 2) Nach einer neuern Meinung, die sich aber auch schon bei Cujacius in observat. Lib. 10. c. 32. findet, wird der Mann immer ganz und allein Eigenthümer der dos und die Frau hat nur eine Forderung auf dermaleinstige Restitution derselben. Hasse von der ehel. Gütergemeinschaft §. 16. und Güterrecht der Ehegatten §. 69. — Löhr in s. Mag. B. 4. (2.) Nr. 5. — Burchardi Grundzüge eines Systems des R. R. S. 139. — Glück Comm. Th. 25. §. 1234. — Zimmern RG. B. 1. §. 160. 161. — Unterholzner Schuldverh. B. 2. S. 414. — Sintenis prakt. Civilr. B. 3. S. 35 ff. — Bachofen Pfandr. B. 1. S. 244 ff. Desselben ausgew. Lehren des Civilr. S. 110 ff. — v. Vangerow §. 218 Anm. 1. 3) Gegen beide Meinungen hat sich erklärt Tigerström B. 1. §. 23—19. §. 35—37., nach welchem die Frau Eigenthümerin der dos bleibt, der Mann aber nur den Fruchtgenuß, verbunden mit einer selbstständigen procuratorischen Verwaltung derselben, erlangt. Eine ähnliche Meinung hatte schon Donellus in comm. iur. civ. Lib. 14. c. 4. Die Dogmengeschichte dieser Lehre s. man bei Tigerström B. 1. §. 41.

(*b*) fr. 7. pr. fr. 10. §. 3. D. 23. 3. — const. 20. C. 5. 12. Er erwirbt die Früchte nicht erst durch perceptio, sondern weil er Eigenthümer der Hauptsache ist, schon bei ihrer Entstehung und als selbstständige Sachen durch jede Trennung (§. 245.). — fr. 78. pr. D. ibid.

(*bb*) const. 1. 2. C. 5. 20.

(*c*) fr. 4. D. 23. 3., d. h. sie gehören ihm, wie die dos selbst, von welcher sie einen Theil ausmachen und mit welcher er sie denn auch restituiren muß. fr. 10. §. 1—3. fr. 69. §. 9. D. 23. 3. — const. 1. §. 9. C. 5. 13. S. unten §. 523.

(*cc*) Ueber die res dotali pecunia comparatae sehe man: fr. 26. 27. 32. 54. D. 23. 3. — fr. 22. §. 13. in fin. D. 24. 3. — const. 12. C. 5. 12. — const. 7. C. 7. 8. Die meist unrichtigen Vorstellungen der ältern Rechtsgelehrten hierüber finden sich am vollständigsten in Glück Comm. Th. 8. S. 167 ff. S. auch Gesterding vom Eigenthum S. 302 ff. Die richtige Ansicht hat Löhr im Mag. B. 4. (2.) S. 76 und im Arch. für civil. Pr. B. 7. S. 267. — Gottschalk Disc. for. T. 1. c. 2. — Tigerström B. 1. S. 257. 265. Note 5.

(*d*) fr. 10. §. 1. fr. 65. D. 23. 3. — fr. 58. D. 24. 3. — fr. 3. pr. D. 23. 5.

(*dd*) fr. 1. §. 1. D. 23. 5. — fr. 62. D. 41. 1. Es versteht sich dabei von selbst, daß auch die actio dotis auf Restitution der dos gegen die Erben des Mannes übergeht. (§. 524.) Wenn aber die dos nicht dem Manne selbst, sondern dessen parens bestellt war (§. 517. Note *b*.), so fällt sie nach dem Tode des Letztern nicht an dessen Erben, sondern an den Mann selbst, was sich aus ihrer Natur und Bestimmung erklärt, fr. 56. §. 1. 2. D. 23. 3. — fr. 58. D. 35. 2. — fr. 20. §. 2. fr. 46. fr. 51. pr. D. 10. 3.

(*e*) const. 11. C. 5. 12. — const. 9. C. 3. 32. — fr. 24. D. 25. 2. Kommen sie in dritte Hände und der Mann vindicirt sie nicht, so fängt die Verjährung derselben

doch erst von der Zeit an, wo die Frau selbst ihre Rechte geltend machen kann. const. 30. C. 5. 12. S. unten §. 527.

(*f*) fr. 3. §. 1. D. 6. 2. Ist ihm eine res aliena in dotem gegeben worden, so kann er diese pro dote usucapiren. — Gajus II. §. 63. — fr. 67. D. 23. 3. — Dig. 41. 9. — Cod. 7. 28. — Tigerström §. 31.

(*g*) pr. J. 2. 8. — fr. 42. D. 23. 3. — Daher darf er auch die Dotalsclaven manumittiren. const. 3. C. 5. 12. — const. 1. 7. C. 7. 8.

(*h*) fr. 13. §. 4. D. 23. 5. — fr. 1. §. 10. fr. 7. §. 13. D. 33. 4. — const. 3. C. 5. 12.

(*i*) const. 2. C. 4. 10.

(*k*) Gajus II. §. 63. — pr. J. 2. 8 und Theophilus ad h. l. — Dig. 23. 5. — Cod. 5. 23. — const. un. §. 15. C. 5. 13. — Die lex Julia de fundo dotali, ein Stück der lex Julia de adulteriis, verbot die Veräußerung im engern Sinne nur für den Fall, wenn sie invita muliere Statt findet, die Verpfändung aber, auch wenn sie mit Zustimmung der Frau erfolgt. Dabei scheint sie das quiritarische Eigenthum des Mannes vorauszusetzen. Später kam es auf dieses Requisit nicht mehr an, allein die Rechtsgelehrten waren denn doch nicht einig darüber, ob das Verbot nun auch auf praedia provincialia anzuwenden sei, auf welche es ursprünglich nicht bezogen werden konnte, weil an ihnen kein quiritarisches Privateigenthum möglich war. Gaj. l. c. Justinian entschied diese Frage bejahend und sprach zugleich der Zustimmung der Frau zu der Veräußerung im engern Sinne alle Wirkung ab. — Auf nothwendige Veräußerungen geht das Verbot nicht. const. 2. C. 5. 23. — S. überhaupt: R. Hommel Diss. de fundo dotali eiusque alienatione. Lips. 1786. — Glück Comm. Th. 25. §. 1236. 1250 ff. — Tigerström §. 30. — Bachofen ausgew. Lehren des Civilr. §. 89 ff.

(*kk*) Ueber einen andern wichtigen Ausnahmsfall s. fr. 3. §. 1. D. 23. 5. Vergl. fr. 17. eod.

(*kkk*) fr. 10. §. 6. D. 23. 3. — fr. 11. D. 23. 5. — const. un. §. 15. C. 5. 13., ausgenommen, wenn bei der Taxation der Frau ausdrücklich die Wahl vorbehalten worden ist, ob sie nach getrennter Ehe das Grundstück selbst, oder den Werth desselben zurückfordern will. const. 1. C. 5. 23.

(*l*) const. 30. in fin. C. 5. 12. — fr. 13. §. 3. D. 23. 5. A. M.: Bachofen a. a. O. S. 108, welcher der Frau sogleich eine Vindication einräumt.

(*m*) fr. 17. D. 23. 5. — arg. fr. 17. D. 21. 2. — fr. 3. D. 21. 3. — const. 11. C. 8. 45. — S. oben §. 271.

(*n*) arg. const. 16. C. 5. 71 und const. 1. C. 6. 60. — Glück S. 403 ff. — Brandis in Linde's Zeitschr. B. 7. S. 191 ff. — Sintenis Pfandr. S. 71 ff. Dessen prakt. Civilr. B. 3. §. 133. Note 9. — v. Vangerow §. 217. Anm. 3. — Arndts §. 402 Anm. 4. A. M. sind Viele, z. B.: Puchta Vorles. B. 2. S. 259. — Bachofen a. a. O. S. 108. — Fitting im Arch. f. civ. Pr. B. 42. S. 167 ff.

(*o*) Jedoch sagt dies fr. 13. §. 4. D. 23. 5. nur von dem Falle, wenn die Veräußerung in einem Legat besteht. Einen andern Fall betrifft fr. 77. §. 5. D. 31.

§. 522.

6. Pflichten des Ehemanns in Ansehung der dos.

Die Pflichten des Ehemannes in Rücksicht der dos bestehen während der Ehe darin, daß er die Einkünfte der dos, ihrem Zwecke gemäß, zum Besten der Ehe verwendet (*a*) und daß er, da er während der Ehe allen Nutzen von der dos zieht, auch alle darauf haftenden Lasten und die Kosten tragen muß, welche zur Gewinnung der Früchte erforderlich sind (*b*).

(*a*) Im Falle einer unordentlichen Verwaltung kann die Frau auf Sicherheitsmaßregeln antragen. fr. 22 §. 8. D. 24. 3.

(*b*) fr. 3. §. 1. fr. 13. fr. 16. D. 25. 1. — Ueber die vom Manne in Beziehung auf die Restitution der dos zu prästirende culpa s. unten §. 523 Note *c*.

§. 523.

7. Zurückgabe der dos. a. Gegenstand der Zurückgabe.

Nach beendigter Ehe muß die dos in der Regel zurückgegeben werden (*). Bei der Frage: Was muß als dos zurückgegeben werden? kommt es vor allen Dingen darauf an, was als dos gegeben oder eingeräumt worden ist (*a*). A. Sind nun dem Ehemanne Baarschaften oder andere Quantitäten in dotem gegeben, so stehen diese während der Ehe ganz auf seine Gefahr und er muß am Ende der Ehe eine gleiche Summe oder Quantität in derselben Qualität restituiren, als er empfangen hat (*aa*). B. Sind ihm andere bewegliche oder unbewegliche Sachen in dotem gegeben worden, so kommt es wieder darauf an: 1. ob ihm dieselben bei der Illation zugeschätzt worden sind; dann wird im Zweifel, wenn nichts Anderes ausdrücklich verabredet worden ist, angenommen, daß sie dem Manne verkauft worden seien (§. 519.). Dieser hat daher die Gefahr derselben während der Ehe zu tragen und am Ende derselben das Taxatum in Geld zu restituiren (*b*). Jedoch tritt eine Milderung ein, wenn ausgemacht ist, es solle entweder die Sache selbst in specie oder das Taxatum derselben in Gelde restituirt werden. In diesem Falle gelten nämlich die Regeln über alternative Obligationen und namentlich steht die Wahl im Zweifel dem Schuldner, also dem Manne, zu (*bb*). 2. Sind ihm endlich die Dotalsachen ohne Schätzung ihres Werthes inferirt, oder doch nicht venditionis causa zugeschätzt worden, so muß er: a) dieselben in specie restituiren, und dabei haftet er für dolus, culpa und diligentia quam in suis rebus, nicht aber auch für den zufälligen Schaden (*c*). Sollten sie indeß giltig von ihm veräußert sein, so ist er schuldig, den Werth derselben zu erstatten (*d*). Mit der Hauptsache muß er ferner b) alle Accessionen derselben restituiren, welche sie während der Ehe erhalten hat (*e*). c) In Ansehung der Früchte aber ist es allgemeine Regel: der Mann hat ein Recht auf die Früchte für die Zeit, wo die Ehe bestanden hat. Wenn also die Ehe eine oder mehrere ganze Fruchtperioden hindurch gedauert hat, so gebühren dem Manne die in diesen Fruchtperioden gewonnenen Früchte ganz, und er braucht sie nicht zu restituiren; wenn hingegen die Ehe im Laufe einer solchen Fruchtperiode angefangen oder aufgehört hat, so kann der Mann auch nur einen Theil der Früchte nach Verhältniß der Dauer der Ehe in dieser Periode verlangen, der andere Theil gebührt der Frau, oder deren Erben, ohne daß Etwas darauf ankäme, ob der Mann oder die Frau die Perception vorgenommen hat (*f*). Auf der andern Seite ist d) der Mann berechtigt, die während der Ehe auf die von ihm zu restituirenden Dotalsachen verwendeten Kosten ersetzt zu verlangen (*g*), und zwar hat er wegen der impensae necessariae ein Retentions- und Compensationsrecht (ipso iure dotem minuunt), nach geschehener Ablieferung aber auch die condictio indebiti oder sine causa; wegen der impensae utiles hat er nur die contraria mandati oder negotiorum gestorum actio und wegen der impensae voluptariae nur ein ius tollendi (*h*). C. Wenn dem Ehemanne ein ius in re dotis nomine constituirt worden ist, so ist dieses Recht oder nach Umständen der Vortheil davon nach Beendigung der Ehe auf die Person, welche die dos zurückfordern kann, zu übertragen, wenn nicht ein Grund vorhanden ist, aus welchem es ipso iure aufhört, wie z. B. der Ususfruct bei dem Tode des Mannes (*i*). D) Ist ihm eine Forderung in dotem

gegeben, so muß dieselbe, wenn sie bei Trennung der Ehe noch existirt, zurückcedirt, sonst muß der Werth derselben vergütet werden (*k*). E. Ist der Mann dotis nomine von einer Schuld befreit, so wird diese wiederhergestellt (*l*), und wenn F. auf ein deferirtes Recht zu Gunsten des Mannes dotis nomine Verzicht geleistet worden ist, so muß die Frau bei Beendigung der Ehe dieses Recht oder den Gegenstand desselben wieder erhalten (*m*).

(*) Ulp. VI. §. 4. seqq. — Dig. 24. 3. — Cod. 5. 13. und 18. — C. Witte Abh. aus dem Gebiete des Röm. Rechts. Berl. 1817. Nr. 3. — Glück Comment. Th. 27. §. 1273. — Zimmern RG. B. 1. §. 167. — Tigerström B. 2. §. 42—49. — Roßhirt Civilr. B. 1. §. 120. — v. Keller Grundr. §. 215 u. 216.

(*a*) Franc. Guil. Lud. de Meyerfeld Disp. de quibusdam quae de dote actione reddenda sunt. Marb. 1826. — Tigerström B. 2. §. 50—52. — v. Meyerfeld im Rhein. Mus. B. 7. Nr. 5 u. 10. — Hoffmann in s. u. Fuhr's Vers. B. 1. Nr. 3. — v. Löhr in s. Magaz. B. 4. S. 525 ff.

(*aa*) fr. 41. §. 4. fr. 42. D. 23. 3.

(*b*) fr. 10. pr. D. ibid. — fr. 9. §. 3. D. 20. 4. — const. 5. C. 5. 12. — const. un. §. 9. 15. C. 5. 13.

(*bb*) fr. 10. §. 6. fr. 11. D. 23. 3. — Czyhlarz (s. oben §. 519 Note *l*.) nimmt hier gegen die gewöhnliche Ansicht keine aestimatio venditionis causa an. — Mackeldey dagegen behauptete, die angegebene Wahl stehe dem Manne bei einer dos venditionis causa aestimata zu, wenn nicht etwas anderes ausgemacht ist.

(*c*) fr. 17. pr. D. 23. 3. — fr. 18. §. 1. fr. 24. §. 5. fr. 25. §. 1. fr. 66. pr. D. 24. 3. — Löhr Theorie der Culpa S. 166 und Beiträge zur Theorie der Culpa S. 205. — Hasse von der Culpa S. 555. 2te. Aufl. S. 420. — Meyerfeld a. a. O. — Hoffmann a. a. O. — Löhr im Mag. a. a. O. Ueber fr. 66. cit. s. auch: Hagemann in der Ztg. für die elegante Welt 1804. Nr. 63.

(*d*) arg. fr. 54. D. 23. 3 und const. 12. C. 5. 12.

(*e*) fr. 10. §. 1—3. D. 23. 3. — const. 1. §. 9. C. 5. 13. — Löhr in Linde's und Marezoll's Zeitschr. B. 1. S. 233.

(*f*) fr. 7. §. 1. D. 23. 3. — fr. 5. fr. 6. fr. 7. pr. §. 1. 2. 3. 6. 7. 8. seq. fr. 25. §. 4. fr. 31. §. 4. D. 24. 3. — const. un. §. 9. C. 5. 13. — Ueber die Berechnung des dem Manne gebührenden Theils nach fr. 7. §. 1. D. 24. 3. s. man: Cujacius ad Pauli sent. rec. Lib. 2. tit. 22. §. 1. ad Papiniani quaestion. Lib. II. Observat. Lib. 14. c. 22. — Duarenus in oper. (ed. Francof. 1598.) p. 261 seq. 1055 seq. — Connani comm. iur. civ. T. 2. Lib. 8. c. 10. nr. 8. — Donelli comm. iur. civ. Lib. 14. c. 7. — Ed. Schrader de divisione fructuum dotis. Helmst. 1805. — Glück Comm. Th. 27. §. 1276, d—k. — Hasse im Rhein. Museum für Jurispr. Jahrg. 2. Heft 1. (Darüber: Schrader in der Tüb. krit. Zeitschr. für RW. B. 6. S. 219.) — Göschen S. 339. Dessen Vorles. §. 693. B. 3. S. 61 ff. — v. Vangerow B. 1. §. 220. Anm. 2. — Francke im Arch. für die civ. Pr. B. 30. Nr. 10. — Arnold Comm. ad L. 7. §. 1. D. sol. matr. Berol. 1850. — Brinckmann im Arch. f. civ. Pr. B. 36. Nr. 15. (Unvollendet.) — Arndts Pand. §. 407. Anm. 9.

(*g*) Ulpian. VI. §. 14—17. — Dig. 25. 1. — Majansii Disputt. T. 1. nr. 28. — Car. Valett Diss. de retentionibus ex dote faciendis. Gött. 1820 und Dessen Abhandl. nr. 1. — Chr. Gottl. Biener interpr. et resp. cap. 18. de impensarum in res dotales factarum repetitione. Lips. 1824. et in eiusd. opusc. ed. Fr. Aug. Biener. Vol. II. nr. 96. — S. auch Note *h*.

(*h*) §. 37. J. 4. 6. — fr. 56. §. 3. D. 23. 3. — fr. 5. pr. §. 1. 2. fr. 7. §. 1. fr. 8—11. pr. D. 25. 1. — fr. 7. §. 16. D. 24. 3. — const. un. §. 5. C. 5. 13. — Glück Comm. Th 27. §. 1280. — Tigerström B. 2. §. 59. — Dernburg Compensat. S. 109 ff. — M. S. Mayer Dig. de J. D. 23. 3. leg. 56. §. 3. interpretationem proposuit. Tub. 1859.

(*i*) Ueber die Restitution eines in dotem bestellten ususfructus s. man: fr. 57. D. 24. 3. — fr. 66. fr. 78. §. 2. D. 23. 3. — Meyerfeld l. c. 22—24. — G. de Zahn Diss. illato ab uxore vel ejus nomine usufructu quid maritus vel ejus heres restituat? Lips. 1832. — Göschen S. 344. — Dessen Vorles. §. 697. B. 3. S. 75. — Sintenis Civilr. §. 133. B. 3. S. 51 ff. — Elvers Servit. S. 244 ff.

(*k*) Meyerfeld l. c. §. 9—21. — Gottschalk de iure nominum in dotem datorum; in ejusd. Disc. for. T. 1. c. 1. — S. auch die in der Note *a* cit. Schriften von Meyerfeld, Hoffmann u. Löhr.

(*l*) fr. 12. §. 2. fr. 43. pr. §. 1. D. 23. 3. — Göschen S. 345. Vorles. a. a. O. S. 76.

(*m*) fr. 14. §. 3. D. 23. 5.

§. 524.

b. Klage auf Zurückgabe der dos.

In Ansehung der auf die Zurückgabe der dos gerichteten Klage kam es: 1. vor Justinian darauf an, ob die Rückgabe besonders ausbedungen war, oder nicht. Im ersten Falle konnte die actio ex stipulatu de dote reddenda und, wenn der Vertrag keine Stipulation, sondern ein bloßer Innominatcontract war (§. 409 Note *aaa.*), die praescriptis verbis actio angestellt werden, welche beide keinen besonderen Beschränkungen unterworfen waren. Im zweiten Falle war, wenn die dos überhaupt zurückgefordert werden konnte, die rei uxoriae s. dotis s. de dote actio anzustellen, eine bonae fidei actio, die manchen Beschränkungen unterworfen war (*a*). Diese Beschränkungen betrafen zum Theil die Person des Klägers (§. 525.) und die Zeit der Zurückgabe (§. 526.); sodann konnten aus verschiedenen Gründen Abzüge (retentiones) gemacht werden (*b*), und endlich (*c*) hatte der Ehemann (*d*) als Beklagter das s. g. beneficium competentiae. 2. Justinian gab dem Recht auf Zurückforderung einer dos, deren Rückgabe nicht giltig versprochen ist, eine weitere Ausdehnung. Er verordnete nämlich: es solle hier regelmäßig (§. 525.) eine Stipulation fingirt werden und folglich eine actio ex stipulatu angestellt werden können, welche im Ganzen die Natur der Contractsklagen hat und bei welcher die besonderen Beschränkungen der bisherigen rei uxoriae actio hinwegfallen (*e*), soweit nicht das Gegentheil besonders vorgeschrieben ist. Jedoch soll diese neue actio ex stipulatu zu den bonae fidei actiones gehören, das s. g. beneficium competentiae soll dabei in demselben Maße Statt finden wie bei der alten actio rei uxoriae (*f*), auch soll die Herausgabe nicht immer sogleich nach Auflösung der Ehe verlangt werden können (§. 526.). Die nämliche Klage mit ihren Eigenthümlichkeiten soll auch dann angestellt werden, wenn Jemand, der sie ohne besonderen Vertrag anstellen könnte, sich die Rückgabe der dos besonders ausbedungen hat. Hat dagegen irgend eine andere Person die dos bestellt und sich bei der Bestellung die Rückgabe ausbedungen, so steht ihr und ihren Erben die gewöhnliche alte actio ex stipulatu und, wenn der Vertrag nicht in eine Stipulation eingekleidet ist, die praescriptis verbis actio zu (*g*).

(*a*) const. un. C. 5. 13. — Zimmern RG. B. 1. §. 169. 170. — v. Keller a. a. O. §. 216.

(*b*) Namentlich propter impensas, seien sie auch nur utiles oder voluptuariae (§. 523, C. d.), propter res donatas, propter res amotas und im Falle der Ehescheidung (ehemals, bevor die schuldige Frau die ganze dos verlor) propter liberos oder propter mores. Ulp. VI. §. 9. seqq.

(*c*) Auch das edictum de alteruto gehört hierher. S. const. un. cit. §. 3.

(*d*) Auch sein Vater und seine Kinder aus derselben Ehe, nicht aber seine sonstigen Erben. fr. 12. 13. 15. 16. 18. 27. 32. 43. D. 24. 3. — fr. 16. 17. 21. 23. 24. §. 1. D. 42. 1.

(*e*) Namentlich auch die retentiones. const un. cit. §. 5., und das edictum de alteruto. const. un. §. 3.

(*f*) const. un. §. 7. C. 5. 13. — §. 37. J. 4. 6. — Burchardi Grundz. des Syst. des Röm. Rechts. S. 153. — CHR. LUD. ERN. STEMANN Diss. de veterum dotis actionum, rei uxoriae atque ex stipulatu, differentiis. Kiliae 1826. — Tigerström B. 2. §. 54—56. §. 63—65.

(*g*) const. un. cit. §. 13. — Löhr in Marezoll's und Linde's Zeitschr. B. 1. S. 236 und im Arch. für civ. Pr. B. 5. S. 296.

§. 525.

c. Personen, welche die Zurückgabe fordern können (*a*).

Ist 1. die Frau bei Auflösung der Ehe noch am Leben, so steht a) nach älterem Rechte, wenn sie sui iuris ist, die rei uxoriae actio ihr selbst zu, und ist sie filiafamilias, dem Inhaber der väterlichen Gewalt, der aber nur mit ihrer Zustimmung klagen darf (*b*). Dieses gilt ohne Unterschied zwischen profectitia und adventitia dos. Die Klage der Frau geht, wenn sie nicht schon lis contestirt oder wenigstens den Schuldner in Verzug gesetzt hat, nicht auf ihre Erben über (*c*), die des Vaters aber geht, wenn er vor oder nach Anstellung derselben stirbt, auf die Frau über (*d*). b) Nach Justinianeischem Rechte kann die dos weder von der Frau, noch von ihrem Parens zurückgefordert werden, wenn die Ehe durch Scheidung aufhört und die Frau der schuldige Theil ist (§. 535 a.). Sonst wird eine stipulatio de dote reddenda in der Regel zu Gunsten der Frau fingirt, und nur dann kann der Parens auf die alte Weise, jedoch mit der neuen actio ex stipulatu, in eigenem Namen klagen, wenn es sich um eine profectitia dos handelt und die Frau noch in der Gewalt des Bestellers steht (*e*). Jede andere dos fällt, wenn die Frau noch filiafamilias ist, in das s. g. peculium adventitium (*f*). Stirbt die Frau, so geht ihre Klage immer auf ihre Erben über (*g*). Stirbt der Parens, so geht seine Klage auf die Frau oder ihre Erben über (*h*). 2. Hört die Ehe durch den Tod der Frau auf, so kann a) nach dem ältern Rechte die profectitia dos von dem Besteller, wenn er noch lebt und nicht ein pactum de lucranda dote abgeschlossen ist, mit der rei uxoriae actio zurück verlangt werden, die Frau mag in seiner Gewalt gestanden sein oder nicht (*i*). Sind jedoch Kinder aus der fraglichen Ehe vorhanden, so behält der Mann wegen eines jeden derselben ein Fünftheil (*k*), so daß er, wenn ihrer fünf oder noch mehr sind, gar Nichts herauszugeben braucht. Lebt der Besteller der profectitia dos nicht mehr, oder ist die dos eine adventitia, so lucrirt der Mann dieselbe in der Regel, und nur in dem einen Falle haben ausnahmsweise die Erben der Frau die rei uxoriae actio, wenn der Mann ihren Tod verschuldet hat (*l*). b) Nach Justinian's Verordnung gilt die zu Gunsten der Frau zu fingirende Stipulation auch zu Gunsten ihrer Erben, wenn nicht ein pactum de lucranda dote abgeschlossen ist (*m*). Der noch lebende Besteller der profectitia dos hat nur in dem einen Falle vor den Erben den Vorzug, wenn die Frau als seine filiafamilias gestorben ist, so daß die actio ex stipulatu ihm auch zustehen würde, wenn die Ehe ohne ihren Tod aufgehört hätte (*n*); in diesem Falle kommt es aber nicht darauf an, ob Kinder aus der fraglichen Ehe vorhanden sind oder nicht (*o*). — In einem Falle, nämlich wenn der Ehemann in Armuth oder Concurs geräth, ist derselbe verpflichtet, die dos schon während der Ehe zurückzugeben (*p*), in einigen andern Fällen ist es ihm erlaubt, dieselbe schon während der Ehe zu restituiren (*q*).

(*a*) S. §. 523 Note * und Francke im Arch. für die civ. Pr. B. 20. Nr. 14. — Vergl. v. Vangerow §. 220. Anm. 1 und hinsichtlich des älteren Rechtes v. Keller a. a. O. §. 215.

(*b*) Ulp. VI. §. 6. — fr. 2. §. 1. 2. fr. 3. fr. 22. §. 4. 6. 9. 10. fr. 34. D. 24. 3. — const. 2. 7. C. 5. 18.

(*c*) Ulp. VI. §. 7. — Fragm. Vat. §. 59.

(*d*) const. un. §. 14. C. 5. 13.

(*e*) const. un. cit. pr. §. 11. 13. 14. S. über den letzten Fall auch const. 2. C. 6. 60. und Nov. 97. c. 5.

(*f*) const. 2. cit.

(*g*) const. un. cit. §. 4.

(*h*) const. un. cit. §. 14.

(*i*) Ulp. VI. §. 4. — fr. 6. D. 23. 3. — fr. 71. D. 21. 2. — fr. 5. D. 24. 2. — fr. 10. pr. fr. 59. D. 24. 3.

(*k*) Ulp. l. c.

(*l*) Ulp. VI. §. 4. 5.

(*m*) const. un. cit. §. 6.

(*n*) const. un. cit. §. 13. — Francke a. a. O. — v. Vangerow a. a. O. (6. und 7. Auflage.)

(*o*) Dies war aber schon unter den Glossatoren Bulgarus und Martinus streitig. — v. Savigny Gesch. des R. R. im Mittelalter B. 4. S. 83. — Haenel Dissens. dominor. p. 40. 87. 441. — Ueber die spätern Ansichten s.: Glück B. 27. S. 205 ff. — Francke a. a. O. — v. Vangerow a. a. O.

(*p*) fr. 24. pr. D. 24. 3. — const. 29. C. 5. 12. — const. 1. C. 5. 17. — Nov. 97. c. 6. Hier müssen aber die Einkünfte nach wie vor zur Tragung der ehelichen Lasten verwendet werden und die Gläubiger des Mannes dürfen keinen Anspruch darauf machen. A. M. sind: Kind qu. for. Ed. I. T. 2. c. 17. Ed. II. T. 4. c. 30. — Dabelow vom Concurse S. 266. 570. 713.; allein man s. dagegen: Busch in Elvers Themis B. 2. S. 342. Auch die receptitia kann hier von der Frau eingeklagt werden. Ueber diesen Fall s. Francke im Arch. für die civ. Pr. B. 17. Nr. 16. S. 460 ff.

(*q*) fr. 20. D. 24. 3. — fr. 73. §. 1. D. 23. 3. Denn in der Regel darf der Ehemann die dos während der Ehe nicht zurückgeben. const. un. C. 5. 19. — const. 20. C. 5. 12. — Nov. 22. c. 39. Und selbst in den Ausnahmsfällen ist ein Versprechen, sie zurückzugeben, nicht bindend. fr. 28. D. 23. 4. — Hasse in der Zeitschr. für geschichtl. RW. B. 5. S. 311. — Glück Comm. Th. 27. §. 1276 a. b. — Francke im Arch. für die civ. Pr. B. 17. S. 464 ff. B. 18 S. 16 ff. — v. Vangerow §. 218. Anm. 2. — Puchta Pand. §. 420. Note *o*.

§. 526.

d. Zeit der Zurückgabe.

So viel die Zeit der Zurückgabe der dos nach beendigter Ehe betrifft, so kam es: 1. nach älterem Rechte darauf an, ob die dos mit der actio ex stipulatu oder praescriptis verbis oder nur mit der actio rei uxoriae zurückgefordert werden konnte. Im ersten Falle konnte die ganze dos sogleich nach Beendigung der Ehe zurückgefordert werden. Im zweiten Falle war der Mann die empfangenen Quantitäten nur in drei jährlichen Terminen (annua, bima, trima, die) zurückzugeben schuldig, alle übrigen Sachen mußte er aber ebenfalls gleich nach der Trennung der Ehe restituiren (*a*). 2. Nach Justinian's neuer Verordnung müssen, wenn nichts Anderes besonders verabredet ist, die Dotal-Grundstücke sogleich nach getrennter Ehe zurückgegeben werden. In Ansehung der beweglichen Sachen, wohin auch Quantitäten gehören, kommt es (wenn die neue actio ex stipulatu anzustellen ist) darauf an, ob sie einen

bestimmten, von einem Dritten zu prästirenden Ertrag geben, oder ob sie der Mann in seinem eigenen Hauswesen oder Gewerbe verwendet hat. Im ersten Falle muß der Mann den Ertrag des Jahrs, in welchem die Ehe aufhört, mit der Frau oder deren Erben nach Verhältniß der Zeit theilen, im zweiten Falle braucht er sie erst nach Ablauf eines Jahres zurückzugeben. Verzögert der Mann oder dessen Erbe die Rückgabe über diese Zeit, so muß er vier Procent Verzugszinsen entrichten (*b*).

(*a*) Ueber dieses ältere Recht: ULPIAN. VI. §. 8. — Fragm. Vatic. §. 94—122.

(*b*) const. un. §. 7. C. 5. 13. — SCHRADER de divisione fructuum dotis §. 27. — Glück Comm. Th. 27. §. 1276 c. — Tigerström B. 2. §. 66.

§. 527.

e. Sicherheit der Frau wegen der dos.

Für die Sicherheit der dos war im ältern Rechte, das Verbot der Veräußerung des fundi dotalis ausgenommen (§. 521.), durch die Gesetze wenig gesorgt. Wenn die Frau sich zu ihrer Sicherheit wegen der Restitution der dos keine Hypothek vom Manne hatte bestellen lassen, so hatte sie im Falle eines Concurses über das Vermögen desselben nur ein höchst persönliches privilegium exigendi gegen die chirographarischen Gläubiger desselben (*a*). Erst Justinian gab ihr nach und nach mehrere Sicherheit. 1. Zuerst verordnete derselbe nämlich im Jahr 528 (*b*), wenn die Frau in der Lage sei, ihre dos wegen Verarmung des Mannes schon während der Ehe zurückzufordern (§. 525 a. E.) und sich deßhalb an die ihr zur Sicherheit derselben vertragsmäßig verpfändeten Sachen des Mannes zu halten, so solle sie sich nicht nur, wenn sie sich im Besitze dieser Sachen befinde, durch eine Einrede gegen die ihr nachstehenden Pfandgläubiger schützen können, sondern auch berechtigt sein, gegen die Besitzer der ihr verpfändeten Sachen, wenn diese nicht ein älteres und besseres Recht an denselben haben, die hypothekarische Klage anzustellen, und es solle ihr dann nicht die Einrede entgegengesetzt werden können, daß die Ehe noch fortdauere. 2. Darauf verordnete Justinian in einer Constitution vom Jahr 529 (*c*) Folgendes: a) die Frau solle das Recht haben, alle bei Beendigung der Ehe noch vorhandenen Dotalsachen, sie mögen bewegliche oder unbewegliche, geschätzt oder nicht geschätzt sein, gleichsam wie ihr Eigenthum (res quasi proprias) mit einer actio in rem zu vindiciren, und kein Gläubiger des Mannes solle sich in Folge seiner Hypothek an denselben ein besseres Recht daran anmaßen; b) der Frau solle ferner an den Dotalsachen eine gesetzliche Hypothek zustehen und sie solchergestalt die Wahl haben, diese Sachen entweder mit einer actio in rem zu vindiciren, oder mit der actio hypothecaria in Anspruch zu nehmen, und auch mit dieser letztern Klage solle sie allen übrigen hypothecarischen Gläubigern des Mannes vorgehen; c) endlich solle auch in Ansehung dieser beiden Klagen jede Verjährung gegen die Frau erst von der Zeit an laufen, wo sie dieselben hätte anstellen können. 3. Im Jahr 530 ertheilte sodann Justinian der Frau, deren Erben und ihrem Vater, wenn dieser das Rückforderungsrecht habe, nicht aber auch dem dritten Besteller der dos, zur Sicherheit derselben auch noch eine generelle gesetzliche Hypothek an dem gesammten Vermögen des Mannes, womit sie jedoch den ältern und bessern Pfandgläubigern desselben nachstehen mußten (*d*), bis Justinian endlich 4. im

Jahr 531 verordnete, daß die Frau und ihre Kinder, aber auch nur diese, mit dieser Hypothek auch ein Privileg haben solle (*e*).

(*a*) fr. 17. §. 1. D. 42. 5. — fr. 74. D. 23. 3. — const. un. C. 7. 74. — Dabelow vom Concurse S. 214. 256. — Tigerström B. 2. §. 67. 68. — S. auch v. Keller §. 216. S. 192.

(*b*) const. 29. C. 5. 12. Vergl. fr. 24. pr. D. 24. 3. — const. 30. in fin. C. 5. 12. — Nov. 97. c. 6.

(*c*) const. 30. C. 5. 12. — Diese Constitution wird übrigens auf sehr verschiedene Weise erklärt. Man s. darüber auf der einen Seite besonders: Burchardi Grundzüge des Systems des R. R. S. 140. 154. — Glück Comm. Th. 25. S. 142. — Unterholzner Verjährungslehre B. 1. §. 80. — Tigerström Dotalrecht B. 2. §. 69. — v. Buchholtz jur. Abh. Nr. 11. — Jhering in s. Jahrb. B. 1. S. 129 ff., welche der Frau die Wahl zwischen der actio in rem und der actio hypothecaria lassen; dagegen auf der andern Seite: v. Löhr in s. Mag. B. 4. (2.) S. 70., im Arch. f. civ. Pr. B. 5. S. 295. Note 33 und v. Jungenfeldt über das Pfandrecht an eigener Sache (Gießen 1827.) S. 44., welche der Frau nur die actio hypothecaria wegen der Dotalsachen gestattet wissen wollen. Eine Mittelmeinung haben: Zimmern RG. B. 1. S. 584. Note 14., im Rhein. Museum für Jurispr. B. 3. S. 347 und in Schunck's Jahrb. B. 6. S. 39 und Puchta ebendas. B. 3. S. 42. S. dagegen: v. Löhr im Arch. für civ. Pr. B. 10. S. 68 und in Linde's Zeitschr. B. 1. S. 239. — Nach Dernburg Pfandr. §. 48 geht die Absicht Justinian's lediglich dahin, der Frau eine rei vindicatio zu geben und die von dem Manne bestellten Pfandrechte ihr gegenüber wirkungslos zu machen.

(*d*) const. un. §. 1. 3. 4. 11. 13. C. 5. 13. — v. Löhr in Linde's Zeitschr. B. 1. S. 235.

(*e*) const. 12. C. 8. 18. Vergl. Nov. 97. c. 2. 3. — Nov. 109 c. 1. und oben §. 319. 321., so wie die dort angef. Schriften und außerdem Tigerström B. 2. §. 69. (S. 378.) — §. 76.

§. 528.

B. Propter nuptias donatio (*a*).

Ueber die wegen der beabsichtigten Ehe der Braut von dem Bräutigam gemachte Schenkung (ante nuptias s. antenuptialis donatio) stellten schon die christlichen Kaiser vor Justinian mehrere, von andern Schenkungen nicht geltende Regeln auf, wodurch dieselbe eine gewisse Aehnlichkeit mit der dos erhielt (*aa*). Dies gab Veranlassung zu der Verordnung Justin's (*aaa*), daß dieselbe während der Ehe soll vermehrt, und zu der Verordnung Justinian's (*b*), daß eine Schenkung mit den Eigenheiten der bisherigen ante nuptias donatio eben so gut nach als vor Eingehung der Ehe soll gemacht werden können, weshalb sie nun nicht mehr ante sondern propter nuptias donatio heißen soll. Später verordnete Justinian noch Mehreres über die propter nuptias donatio und es gilt nach dem neuesten Justinianeischen Rechte davon hauptsächlich Folgendes: 1. Der Vater des Mannes ist ebenso verpflichtet zur Bestellung einer propter nuptias donatio, wie der Vater der Frau zur Bestellung einer dos (*bb*). 2. Die propter nuptias donatio muß eben so groß sein, wie die dos, und diese eben so groß, wie jene. Was die eine mehr beträgt, als die andere, das ist ungiltig bestellt (*c*). 3. Die propter nuptias donatio wird bei der Bestellung gewöhnlich der Frau nicht übergeben, sondern der Mann behält oder erhält sie zunächst, welcher sie zu verwalten und die Einkünfte, wie die der dos, zur Tragung der ehelichen Lasten zu verwenden hat. Er darf aber die dazu gehörigen Immobilien nicht veräußern und verpfänden, selbst nicht mit Einwilligung der Frau, außer wenn diese ihre Einwilligung nach zwei Jahren wiederholt (*d*); auch hat die Frau zur Sicherung

ihres Anspruchs auf die propter nuptias donatio eine gesetzliche, aber nicht privilegirte, Hypothek an dem Vermögen des Mannes. 4. Im Fall der Verarmung des Mannes kann die Frau die propter nuptias donatio, wie die dos, zwar schon während der Ehe verlangen, darf sie aber nicht veräußern, sondern muß die Einkünfte derselben zum Besten der Ehe verwenden (*e*). 5. Nach Auflösung der Ehe ist zu unterscheiden: a) Wenn die Ehe durch den Tod der Frau oder durch Scheidung aufgelöst wird, so behält der Mann die propter nuptias donatio für sich, ausgenommen, wenn der Dritte, welcher sie bestellt hat, sich die Rückforderung derselben vorbehalten hat (*f*), oder wenn der Mann bei der Scheidung der schuldige Theil ist, in welchem Falle er sie zur Strafe an die Frau verliert (*g*). b) Wenn die Ehe durch den Tod des Mannes getrennt wird, so fällt die propter nuptias donatio in der Regel seinen Erben zu. Es ist aber für diesen Fall ein pactum de lucranda propter nuptias donatione zu Gunsten der Frau eben so zulässig, als für den Fall, wenn die Ehe durch den Tod der Frau aufhört, ein pactum de lucranda dote zu Gunsten des Mannes. Nur kann keiner dieser beiden Verträge ohne den andern giltig abgeschlossen werden, und bezieht sich einer derselben nicht auf das Ganze und zugleich auf weniger als der andere, so gilt dieser nicht, so weit er sich auf mehr bezieht als jener (*h*).

(*a*) §. 3. J. 2. 7. und THEOPHILOS ad h. 1. — Cod. 5. 3. und die in den folgenden Noten angef. Constitutionen und Novellen. — Ueber den Begriff, den Zweck und das ganze Rechtsverhältniß der donatio propter nuptias sind die Meinungen der Rechtsgelehrten noch immer sehr verschieden. Man sehe: CHR. FR. IMM. SCHORCH Diss. de donatione propter nuptias romana ejusque origine. Erford. 1787. *Ejusd.* Pr. I—IV. iurium donationis pr. nupt. rom. historiae delineatio. Erford 1787—1800. — AUG. GUIL. FOERSTER Diss. de origine atque propagatione donationis ante nuptias. Vratislav. 1812. — GUST. KOCH (Praes. CHR. EINERT) Diss. de donatione propter nuptias. Lips. 1818. — Glück Comm. Th. 25. §. 1242. — Burchardi im Arch. für civ. Pr. B. 9. S. 197. (Darüber: Hepp in der Tüb. krit. Zeitschr. B. 3. S. 241.) — Zimmern RG. B. 1. §. 163. — Warnkönig im Arch. für civ. Pr. B. 13. S. 1. — Löhr im Arch für civ. Pr. B. 15. S. 431. B. 16. S. 1. — Francke ebendas. B. 26. S. 63. — v. Löhr ebendas. B. 30. S. 323. — In Deutschland ist die Römische propter nuptias donatio nicht recipirt. S. besonders Sintenis Civilr. B. 3. §. 132. Note 3.

(*aa*) Dahin gehört besonders: 1. daß sie in der Regel rückgängig wird, wenn die Ehe nicht zu Stande kommt. const. 15. 16. C. 5. 3. (vergl. const. 10—12. ibid.) — §. 3. J. cit. 2. Daß sie bei Auflösung der Ehe regelmäßig dem Manne zufällt, wie die dos der Frau, const. 18. C. 5. 3., daß aber a) bei der Ehescheidung der schuldige Mann sie ebenso an die Frau verliert, wie die schuldige Frau die dos an den Mann (§. 535 a.), und daß b) für den Fall, wenn die Ehe durch den Tod des Mannes aufhört, ein pactum de lucranda propter nuptias donatione ebenso zulässig ist, wie für den Fall, wenn sie durch den Tod der Frau aufhört, ein pactum de lucranda dote. S. unten Note *h*.

(*aaa*) const. 19. C. 5. 3.

(*b*) const. 20. ibid.

(*bb*) const. 7. C. 5. 11.

(*c*) Nov. 22. c. 20. — Nov. 97. c. 1. 2. — Nov. 98. c. 2.

(*d*) const. 29. C. 5. 12. — Nov. 61. c. 1. — Nov. 97. c. 6. Die Frau kann sie in gewissen Fällen vindiciren. Ob diese Klage eine auf einem s. g. constitutum possessorium beruhende directa in rem actio ist, wie v. Löhr im Arch. für die civ. Pr. B. 5. S. 305. B. 15. S. 431. behauptet, oder nur eine utilis actio, darüber läßt sich streiten.

(*e*) Nov. 61. c. 1. — Nov. 109. c. 1.

(*f*) const. 18. C. 5. 3. — const. 31. §. 1. C. 5. 12. — Nov. 22. c. 20. §. 1.

(*g*) const. 8. §. 4. 5. 7. const. 11. C. 5. 17. — Nov. 22. c. 8. 9. 18. — Nov. 53. c. 6. — Nov. 117. c. 9. §. 4. 5. c. 13. (S. unten §. 535 a.)

(*h*) const. 20. pr. C. 5. 3. — const. 9. 10. C. 5. 14. — Nov. 22. c. 20. — Nov. 97. c. 1. — Ueber die Rechte der Kinder an diesem lucrum nuptiale s. unten §. 535 b.

§. 529.

C. Parapherna.

Alles Vermögen der Frau außer der dos und der propter nuptias donatio heißt parapherna (*a*). Hievon ist und bleibt die Frau alleinige und unbeschränkte Eigenthümerin; sie kann also auch die dazu gehörigen Sachen, ohne Unterschied, ob sie bewegliche oder unbewegliche sind, veräußern, und der Mann hat keine anderen Rechte daran, als diejenigen, welche ihm die Frau eingeräumt hat (*b*). Die Frau kann ihm nun Eigenthum daran einräumen (*c*), oder ihm bloß die Administration derselben übertragen (res in parapherna datae). Im ersten Falle hat der Mann alle Rechte des Eigenthümers, im zweiten Falle ist er verbunden, Rechnung von seiner Verwaltung abzulegen (*d*) und den absichtlich oder durch seine Unachtsamkeit verursachten Schaden zu ersetzen. In dieser Hinsicht muß er dieselbe Sorgfalt auf die Paraphernen seiner Frau verwenden, welche er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt (*e*), und die Frau hat, soweit die Pharaphernen in Forderungen bestehen, zu ihrer Sicherheit eine gesetzliche, aber nicht privilegirte, Hypothek an dem Vermögen des Mannes (§. 313) (*f*).

(*a*) Hulder. ab Eyben de iure paraphernorum; in ejusd. opp. ex. ed. Hert. Argentor. 1708. pag. 307. — Glück Comm. Th. 25. §. 1240. — Hasse §. 120—130. — Zimmern RG. B. 1. §. 161.

(*b*) const. 8. 11. C. 5. 14.

(*c*) fr. 9. §. 2. 3. D. 23. 3. Die Paraphernen verwandeln sich aber dadurch nicht in eine dos, weil der animus dotis constituendae fehlt. Hasse S. 430.

(*d*) fr. 95. pr. D. 35. 2.

(*e*) const. 11. C. 5. 14. — const. 21. C. 2. 13.

(*f*) const. 12. C. 5. 14.

§. 530.

D. Pacta dotalia (*a*).

Die Vermögensrechte der Ehegatten werden sehr häufig durch besondere Eheverträge, Ehepacten, Ehestiftungen (pacta dotalia s. nuptialia) näher bestimmt (*b*), die sowohl vor, wie nach Eingehung der Ehe geschlossen werden können (*c*); doch versteht sich in jenem Falle die Bedingung, daß die Ehe erfolge, von selbst (*d*). Sie werden gewöhnlich schriftlich abgefaßt (instrumenta dotalia) und dienen alsdann zum Beweise aller Verabredungen, welche in Betreff der dos oder überhaupt des Vermögens der Paciscenten in Beziehung auf die Ehe Statt gefunden haben. Aber nothwendig ist die schriftliche Abfassung derselben nicht (*e*), und eben so wenig ist eine gerichtliche Insinuation derselben erforderlich, wenn nicht eine darin enthaltene Schenkung solche nöthig macht (*f*). Ihrem Inhalte nach darf darin Nichts verabredet werden, was dem Zwecke der Ehe (*g*), dem Ansehen des Mannes und der Würde der Frau entgegen ist, was der Bestimmung der dos widerstreitet und wodurch die Rechte des einen oder des andern Gatten in Ansehung der dos oder der donatio propter nuptias geschmälert oder gefährdet werden (*h*).

Doch ist der Vertrag erlaubt, daß der Mann auf den Todesfall der Frau die dos (*i*) und die Frau auf den Todesfall des Mannes die propter nuptias donatio (*k*) behalten solle.

(*a*) Dig. 23. 4. — Cod. 5. 14. — Glück Comm. Th. 25. §. 1244. - Tigerström im Röm. Dotalrecht B. 1. §. 15. B. 2. §. 77—80. — W. H. Puchta Handb. der freiw. Gerichtsbarkeit. 2te Ausg. Th. 2. §. 184—192. — Francke im Arch. für die civ. Pr. B. 17. S. 465 ff.

(*b*) Man unterscheidet aber auch wohl pacta nuptialia, welche die persönlichen Verhältnisse der Ehegatten und Kinder, und pacta dotalia, welche das Vermögen derselben betreffen.

(*c*) fr. 1. pr. fr. 12. §. 1. fr. 20. pr. D. 23. 4.

(*d*) fr. 4. §. 2. D. 2. 14. — fr. 21. 68. D. 23. 3.

(*e*) const. un. pr. C. 5. 13. — „Sive scripta fuerit stipulatio, sive non." — const. 15. C. 5. 12. Nur die Großwürdenträger und personae illustres sollten nach Justinian's Vorschrift bei Eingehung einer Ehe schriftliche Eheverträge errichten. Nov. 117. c. 4. 6. — Auch zur Legitimation der liberi naturales durch nachfolgende Ehe ihrer Eltern war nach Röm. Recht erforderlich, daß diese dabei schriftliche Eheverträge errichteten. §. 13. J. 1. 10. — const. 6. 7. 10. 11. C. 5. 27. — Nov. 89. c. 8.

(*f*) const. 25. C. 5. 16. — Nov. 127. c. 2. — S. oben §. 433, 3.

(*g*) cap. 24. X. 2. 24.

(*h*) Consult. vet. Icti §. 4. und Pauli sent. rec. I. 1. 6. „Functio dotis pacto mutari non potest." Z. B. fr. 27. §. 2. D. 2. 14. — fr. 2. fr. 4. pr. fr. 12. §. 1. fr. 5. §. 1. 2. fr. 6. fr. 14—17. D. 23. 4. — fr. 14. §. 1. D. 24. 3. — const. 3. 6. 9. 10. C. 5. 14. — Nov. 97. cap. 1. — Tigerström B. 2. §. 81.

(*i*) fr. 12. pr. fr. 26. §. 2. D. 23. 4. — const. 6. C. 5. 14. — const. un. §. 6. C. 5. 13.

(*k*) S. §. 528, Note *h*.

§. 531.

E. Donatio inter virum et uxorem (*a*)

Schenkungen, die sich Ehegatten einander während der Ehe machen, sind an sich ungiltig, werden aber giltig (*aa*), wenn der Schenker in der Ehe stirbt, ohne die Schenkung widerrufen zu haben (*b*). Der Schenker, nicht aber auch dessen Erbe, kann die Schenkung also zu jeder Zeit widerrufen und alsdann nicht blos die Erfüllung seines Versprechens verweigern, sondern auch das schon Gegebene, und zwar, wenn es noch in Natur vorhanden ist, mit der rei vindicatio, sonst aber mit einer condictio sine causa, jedoch nur insoweit zurückfordern, als der Beschenkte zur Zeit der Litis-Contestation noch reicher dadurch ist (*c*). Stirbt er ohne Widerruf vor dem Beschenkten, so wird dadurch die Schenkung giltig; stirbt dagegen der Beschenkte vor dem Schenker, so ist und bleibt die Schenkung auch ohne Widerruf von Rechtswegen ungiltig; sterben endlich Beide zu gleicher Zeit, so werden die beiderseitigen Schenkungen giltig (*d*). Dieß Alles gilt aber 1. nur von Schenkungen unter Ehegatten, nicht auch von andern Verträgen unter ihnen, wofern nicht eine Schenkung ganz oder zum Theil darunter versteckt ist (*e*); es gilt ferner 2. nur von Schenkungen unter Ehegatten, nicht auch von Schenkungen unter blos Verlobten, oder an Concubinen, oder von solchen, die erst nach der Ehe gemacht werden (*f*); sonst aber ist es einerlei, ob die Ehegatten sich unmittelbar einander beschenken, oder ob der Schenker nur durch die patria potestas mit dem Ehegatten des Beschenkten oder der Beschenkte nur auf diese Weise mit dem Ehegatten des Schenkers in Verbindung steht, oder ob endlich Jemand,

der mit dem einen Ehegatten in einer solchen Verbindung steht, Jemanden beschenkt, der mit dem andern Ehegatten darin steht (*g*). Es gibt indeß einige Schenkungen unter Ehegatten, welche von Anfang an giltig und unwiderruflich sind. Dahin gehört: wenn der Beschenkte nicht reicher, oder der Schenker nicht ärmer dadurch wird (*h*); wenn Etwas zum Besten des Haushalts oder zur Erlangung einer Würde geschenkt wird (*i*); wenn das Geschenk in Kleinigkeiten besteht (*k*); wenn Etwas geschenkt wird zur Wiederherstellung eines Gebäudes (*l*); wenn auf der andern Seite eine Schenkung gemacht worden ist, die aus irgend einem Grunde nicht revocirt werden kann (*m*); wenn sie bei beabsichtigter Scheidung gemacht wird (*n*), und wenn Regent und Regentin sich unter einander beschenken (*o*).

(*a*) Dig. 24. 1. — Cod. 5. 16. — (Tit. X. 4. 20.) — SCIP. GENTILIS de donationibus inter virum et uxorem. Francof. 1606. et in oper. T. 4. — JOS. FERNANDEZ DE RETES de donationibus inter virum et uxorem; in MEERMANI thes. T. 6. p. 663. — HENR. FRID. HAKE (Pr. GOD. LUD. MENKEN) Diss. de donationibus inter virum et uxorem non ipso iure nullis. Helmst. 1752. — J. H. BOEHMER exerc. ad Dig. T. 4. nr. 72. — Glück Comm. Th. 25. §. 1253. Th. 26. bis §. 1258. — Zimmern RG. B. 1. §. 164. — Hartitzsch Eherecht §. 205—222. — v. Löhr im Arch. für die civ. Pr. B. 16. S. 233. — Francke das. B. 18. S. 1 ff. — v. Savigny Syst. B. 4. S. 165 ff. — Sintenis Civilr. B. 3. §. 135.

(*aa*) Dieses Convalesciren beruht auf einem im J. 206 n. Chr. unter der Regierung von Septimius Severus und Antoninus Caracalla auf den Antrag des Letztern erlassenen Senatusconsult. Vergl. fr. 23. 32. pr. §. 1. D. 24. 1. — const. 3. C. 5. 16. — v. Savigny S. 180. — Sehr streitig ist es, ob auch Schenkungen, durch welche nur Etwas versprochen wird, auf diese Weise convalesciren. Diejenigen, welche diese Frage verneinen, berufen sich besonders auf fr. 23. D. 24. 1. v. „*recte*" und auf fr. 32. §. 2. ibid. v. „*eripere*". Diejenigen dagegen, die sie bejahen, auf fr. 32 §. 1. 23. fr. 33. ibid. — const. 2. C. 5. 15. Beide Parteien berufen sich auf Nov. 162. c. 1. (non gloss.) — Ueber die ältere Literatur s.: Glück Comm. Th. 25. S. 431. ff. Th. 26. S. 105 ff. 214 ff und SCHULTING notae ad Dig. T. 4. p. 300. 304. Unter den neuesten Schriftstellern sind gegen das Convalesciren besonders: v. Wächter im Arch. für die civ. Pr. B. 16. S. 107 ff. und v. Vangerow §. 225 Anm. 2., s auch Francke a. a. O. S. 7 und Schmidt Methode der Auslegung S. 109 ff.; dafür aber: v. Löhr im Arch. für die civ. Pr. B. 16. S. 233 ff. — Puchta im Rhein. Mus. B. 6. S. 370 ff. — v. Savigny Syst. B. 4 S. 183 ff. — Schütze in Bekker's Jahrb. B. 3. S. 442 ff. (Darüber: Schletter's krit. Jahrb. B. 5. S. 114 ff.)

(*b*) fr. 3. §. 10. fr. 32. fr. 33. §. 2. D. 24. 1. — const. 10. C. 5. 16. — Ueber den Grund des Schenkungsverbotes vergl. auch: FERD. KAEMMERER obs. iur. civ. Rostoch. 1828. p. 101 und darüber: Huschke in der Tüb. krit. Zeitschr. B. 3. S. 20.

(*c*) fr. 5. §. 18. fr. 6. fr. 7. pr. fr. 31. §. 2. fr. 55. ibid. — Dabelow vom Concurse S. 361 ff.

(*d*) const. 6. C. 5. 16 — const. 25. C. ibid. — fr. 1. §. ult. D. 41. 6. — fr. 32. §. 14. D. 24. 1 — fr. 26. D. 39. 6. — fr. 5. D. 34. 5.

(*e*) fr. 5. §. 5. 6. 7. fr. 7. §. 5. fr. 52. D. 24. 1.

(*f*) fr. 5. pr. fr. 27. 64. 65. D. 24. 1. — fr. 31. D. 39. 5. — Ueber den Fall, wenn die Schenkung in einer ungiltigen Ehe gemacht wird, s.: fr. 3. §. 1. fr. 32 § 27. 28. fr. 65. D. 24. 1. — fr. 128. D. 30. — const. 7. C. 5. 16. — v. Savigny S. 167 ff.

(*g*) fr. 3. §. 2—8. fr. 32. § 16. D. 24. 1. — Fragm. Vat. §. 269. — FRID. CAR. AD. TRÜTSCHLER Diss. de donatione inter coniuges per alium facta prohibita. Jenae 1771. — v. Savigny S. 171 und 172, besonders Note *o*. Durch wessen Tod in solchen Fällen die Schenkung convalescirt, darüber s.: fr. 32. §. 16. 20. D. 24. 1.

(*h*) fr. 5. §. 8—12. 16. fr. 8. 9. pr. fr. 25. fr. 32. §. 14. D. 24. 1. Dahin gehört auch, wenn der eine Ehegatte einen Gewinn zum Besten des andern Ehegatten ausschlägt. fr. 5. §. 13—15. fr. 31. §. 7. D. ibid. — Sammet Hermeneutik §. 42.

(*i*) fr. 31. §. 10. fr. 40—42. D. ibid. — ULPIAN. VII. §. 1.

(*k*) fr. 7. §. 1. fr. 31. §. 8. 9. D. ibid.

(*l*) fr. 14. D. ibid., nicht aber auch, wenn Etwas zur Erbauung eines neuen Hauses geschenkt wird. fr. 13. §. 2. ibid.

(*m*) Hier tritt eine eigenthümliche Compensation ein. fr. 7. §. 2. D. 24. 1. Alle remuneratorische Schenkungen will von der Regel ausnehmen: Glück Th. 26. S. 194. 199. S. jedoch: v. Schröter in Schunck's Jahrb. B. 11. S. 10.

(*n*) fr. 11. §. 11. fr. 12 fr. 60. §. 1. fr. 62. ibid.

(*o*) const 26. C. 5. 16.

Drittes Kapitel.

Von der Auflösung der Ehe.

§. 532.

I. Ueberhaupt.

Eine an sich giltige Ehe wird aufgelöst: 1. durch den Tod und die maxima capitis deminutio eines der Ehegatten (*a*); 2. durch ein während derselben eintretendes Ehehinderniß, was nach dem alten Römischen Rechte insbesondere dann der Fall war, wenn unter den Ehegatten Standesungleichheit (*b*), und noch nach dem neuesten, wenn eine nahe Verwandtschaft eintrat (*c*); 3. durch Ehescheidung, von welcher hier noch besonders zu handeln ist.

(*a*) fr. 1. D. 24. 2. S. jedoch auch Nov. 22. c. 7. 8. — Hasse Güterrecht §. 55. 56.

(*b*) S. jedoch fr. 44. §. 6. D. 23. 2. — const. 4. C. 5. 62. — const. 18. C. 5. 4.

(*c*) Z. B. wenn der Schwiegervater seinen Schwiegersohn adoptirt, ohne vorher seine Tochter zu emancipiren. §. 2. J. 1. 10. — fr. 67. §. 3. D. 23. 2. — Hasse §. 57. — Ueber zwei Fälle, in welchen das canonische Recht die Ehe aus ähnlichen Gründen aufhören läßt, s. c. 27. 28. C. 27. qu. 2. — c. 2. 7. 14. X. 3. 32. — Walter KR. §. 320. — Vergl. c. 7. 8. X. 4. 19. Ferner c. 6. X. ibid. — Walter §. 329.

§. 533.

II. Durch Ehescheidung insbesondere (*a*).

Unter der Ehescheidung (divortium, repudium) versteht man die Aufhebung einer an sich giltigen Ehe (*b*) bei Lebzeiten beider Ehegatten, nach dem Willen Beider oder eines von ihnen. Die Römer gingen dabei von dem Grundsatze aus, daß die Ehe ihrer sittlichen Natur nach, als eine durch freie Vereinigung der Ehegatten begründete Gemeinschaft des ganzen Lebens, auch durch den Willen der Ehegatten wieder auflösbar sei, wenn entweder beide Ehegatten oder auch nur einer derselben sich nicht mehr zu einer solchen Gemeinschaft bestimmt fühlten (*c*). So war denn die Ehescheidung bei den Römern ein willkürlicher Privatact (*d*), dessen Giltigkeit nicht davon abhing, ob Gründe dazu vorhanden waren oder nicht. Indessen ist seit der lex Iulia de adulteriis eine Form dafür vorgeschrieben (*e*). Auch wurde bei der Zurückforderung der dos schon frühe einige Rücksicht darauf genommen, ob ein Theil und welcher als der schuldige erschien (*f*). Aber erst die christlichen Kaiser geben bestimmte Vorschriften darüber, in welchen Fällen die Scheidung gerechtfertigt sei, in welchen nicht, und setzen bedeutende Strafen auf eine nicht zu rechtfertigende Scheidung; zugleich vermehren sie die Strafen desjenigen, der

wegen seiner Vergehen mit Recht verstoßen wird (iustum repudium). Uebrigens wechselten die einzelnen Bestimmungen noch oft (*g*). Zu den Fällen, in welchen die Scheidung für beide Theile straflos war (divortium bona gratia), sollte nach einer Verordnung von Anastas (*h*) auch der gehören, wenn beide Ehegatten über die Aufhebung der Ehe einverstanden sind. Justinian ändert dieses aber (*i*) und bedroht hier, wenn es an einem hinreichenden Grunde fehlt, beide Theile mit schweren Strafen (*k*). — Ganz andere Grundsätze gelten heut zu Tage (*l*).

(*a*) Dig. 24. 2. — Cod. Theod. 3. 16. — Cod. Iust. 5. 17. — Nov. 22. c. 4—19. — Nov. 117. c. 8—14. — Nov. 123. c. 40. — Nov. 127. c. 4. — Nov. 134. c. 11. — Nov. (non gloss.) 140. — D'Avezan de matrimonio cap. 39—43. in Meermani thes. T. 4. p. 350. — G. A. Marche historia iur. civ. de divortiis. Lips. 1764. — C. F. A. Wannaar Diss. de divortiis et repudiis. Gand. 1820. — Karl Wächter über Ehescheidungen bei den Römern. Stuttg. 1822. — Hasse a. a. O. §. 40—54. — Glück Comm. Th. 26. §. 1259 ff. — Zimmern RG. B. 1. §. 152—155.— v. Löhr im Arch. für die civ. Pr. B. 16. S. 23 ff. Vergl. auch v. Savigny über die erste Ehescheidung in Rom; in den Abhandlungen der Berliner Akademie der Wissenschaften vom Jahre 1814—15; ferner in der Zeitschr. für gesch. RW. B. 5. S. 269; endlich in den vermischten Schriften B. 1. Nr. 4. — Neustetel u. Zimmern Röm.-rechtl. Untersuchungen S. 332. — Klenze in der Zeitschr. für gesch. RW. B. 7. S. 21.

(*b*) So auch heut zu Tage. Etwas Anderes ist die heut zu Tage vorkommende, auch nach katholischem Kirchenrechte zulässige, gerichtliche Nichtigkeitserklärung bei einer an sich ungiltigen Ehe. — Walter §. 316. — Hartitzsch Eherecht §. 301.

(*c*) fr. 19. 134 in f. D. 45. 1. — const. 2. C. 8. 39.

(*d*) Dieses galt in der Regel auch bei der ehemaligen Ehe mit manus. Indessen mußte hier, nachdem die Ehe aufgekündigt war, die manus durch emancipatio noch besonders aufgehoben werden, und die Frau konnte dieses von dem Manne verlangen. Gaj. I. §. 137. Nur die confarreirte Ehe scheint in der ältesten Zeit unauflöslich gewesen zu sein, und die des Flamen Dialis blieb es auch später bis auf Domitian, während andere confarreirte Ehen durch diffarreatio unter Mitwirkung der pontifices aufgehoben werden konnten. Dion. II. 25. — Gell. X. 15. — Fest. v. *Diffarreatio* v. *Flameo*. — Plutarch. quaest. Rom. 50. — Servius ad Aeneid. 4. 29.

(*e*) fr. 1. §. 1. in f. D. 38. 11. Sie bestand in der Ankündigung durch einen Freigelassenen vor sieben mündigen Röm. Bürgern als Zeugen. fr. 9. D. 24. 2. Diocletian schrieb die Uebersendung eines Scheidebriefes vor. const. 6. 8. pr. C. 5. 17.

(*f*) War die Frau der schuldige Theil, so konnten ihr Abzüge gemacht werden, bald propter liberos, bald propter mores. War es der Mann, so hatte er die fungiblen Sachen früher herauszugeben als sonst, und mit den übrigen hatte er eine verhältnißmäßige Quantität von Einkünften zu restituiren. Ulp. VI. §. 8—13. Die retentio propter liberos scheint in dem Falle eingetreten zu sein, wenn die Frau oder ihr Vater die Ehe ohne hinreichenden Grund geschieden hatte. Hatte der Mann dieses gethan, so traf ihn die nota Censoria. Gell. X. 23.

(*g*) Vergl. const. 1. C. Th. 6. 13 von Constantin, const. 2. C. Th. 3. 13 von Julian, const. 2. C. Th. 3. 16. von Honorius, Nov. Theod. 18 von Theodos II., const. 8 C. 5. 17 von Demselben, const. 9. ibid. von Anastas, const. 10—12. ibid. und die in der Note *a*. angeführten Novellen von Justinian. — Die neuesten Bestimmungen darüber, wann der Mann und wann die Frau ein iustum repudium aussprechen kann, so daß nicht der verstoßende, sondern der verstoßene Theil gestraft wird, enthält Nov. 117. c. 8. 9, und die neuesten Bestimmungen darüber, wann ein divortium bona gratia zulässig ist, d. h. eine Scheidung, bei welcher keiner von beiden Ehegatten eine Strafe erleidet, Nov. 117. c. 10—12.

(*h*) const. 9. cit.

(*i*) Aber erst in Nov. 117. c. 10.

(*k*) Nov. 117. c. 10. — Nov. 134. c. 11.

(*l*) Nach dem katholischen Kirchenrecht ist wegen der Sacramentseigenschaft der Ehe gar keine Scheidung derselben zulässig, nach dem Kirchenrecht der jene Sacramentseigen-

schaft nicht anerkennenden Protestanten ist sie erlaubt, jedoch immer nur aus gerechter Ursache und durch richterliches Scheidungsdecret. Tit. X. 4. 19. — Walter §. 319—322. — Wiese Handb. des Kirchenrechts B. 2. S. 682 ff. B. 3. S. 411 ff. — Hartitzsch Eherecht §. 306—320. Ueber Ehescheidung bei gemischten Ehen s. besonders: Spangenberg prakt. Erört. B. 1. S. 381.

§. 534.

III. Folgen der Auflösung der Ehe. A. In Rücksicht der Person der Ehegatten.

Die Folgen der Auflösung einer Ehe, diese ereigne sich nun durch den Tod des einen Ehegatten, oder durch Ehescheidung, bestehen in Rücksicht der Person der Ehegatten darin, daß nun alle persönlichen, durch die Ehe begründeten Verhältnisse der Ehegatten zu einander (§. 514. 515.) aufhören. Jeder derselben kann zu einer andern Ehe schreiten, doch muß die Wittwe sowohl als die geschiedene Frau wenigstens ein Jahr lang warten (§. 508. 535 a. 537.); so lange sie sich aber nicht wieder verheirathet, behält sie den Namen, Rang und Gerichtsstand des Ehemannes (*a*).

(*a*) fr. 22. §. 1. D. 50. 1. — Nov. 22. c. 36.

§. 535 a.

B. In Ansehung des Vermögens der Ehegatten überhaupt (*).

In Ansehung des Vermögens der Ehegatten hat die Auflösung der Ehe A. im Allgemeinen die Folge, daß nun die dos vom Manne zurückgegeben werden muß (§. 523 ff.), wenn er sie nicht auf den Todesfall der Frau lucriren soll (§. 525. 530.), und daß seine Rechte an den Paraphernen der Frau aufhören. B. Wird die Ehe aber durch Ehescheidung getrennt, so hat diese in Beziehung auf das Vermögen der Ehegatten nach neuerem Rechte (*a*) noch folgende besondere Wirkungen: 1. Es erlischt ohne Rücksicht auf die Schuld des einen oder andern Ehegatten jede während der Ehe von dem einen zu Gunsten des andern errichtete letztwillige Disposition, sowie das Intestaterbrecht der Ehegatten (*b*), und ebenso verlieren die unter ihnen errichteten Eheverträge ihre Giltigkeit (*c*), ausgenommen insofern sie gerade Bestimmungen auf den Fall der Scheidung enthalten, wo diese bei Kräften bleiben (*d*). 2. Wird dagegen die Scheidung durch die Schuld des einen Ehegatten veranlaßt, so verliert a) immer die schuldige Frau zur Strafe ihre dos an den Mann, der schuldige Mann die propter nuptias donatio an die Frau (*dd*), und die schuldige Frau kann außerdem fünf Jahre lang keine giltige Ehe eingehen. War keine dos und propter nuptias donatio bestellt, so sollte nach frühern Verordnungen der unschuldige Gatte als Surrogat derselben den vierten Theil des Vermögens des schuldigen, jedoch niemals mehr als 100 Pfund Goldes, erhalten (*e*). Nach Justinian's neuester Verordnung soll aber der Mann, wenn keine dos bestellt ist, im Fall der durch die Frau verschuldeten Scheidung keinen Anspruch weiter auf jene Quart haben und auch die Frau soll im Falle einer durch den Mann verschuldeten Scheidung, wenn mehr als drei Kinder desselben aus einer frühern oder der bisherigen Ehe vorhanden seien, nur eine Viril-Portion, außerdem aber, wie sonst, den vierten Theil seines Vermögens erhalten (*f*). b) In einigen

Fällen treten noch andere besondere Vermögensstrafen für denselben ein. Wird nämlich: *α*) die Ehe wegen eines Verhältnisses des Mannes mit einer andern Frauensperson mit Recht getrennt, oder weil er die Frau fälschlich des Ehebruchs beschuldigt hat, so verliert er noch $^1/_3$ des Werths der propter nuptias donatio in Geld an die Frau (*g*). *β*) Wird die Ehe wegen Ehebruchs der Frau getrennt, so wird sie in's Kloster gesteckt und verliert nicht blos ihre dos an den Mann, sondern muß ihm noch außerdem $^1/_3$ des Werths derselben von ihrem Vermögen herausgeben; das übrige Vermögen derselben soll aber theils ihren Descendenten oder Ascendenten, theils dem Kloster zufallen, und dem letztern ganz, wenn keine Descendenten und Ascendenten der Frau vorhanden sind (*h*). — Alle hier genannten Strafen der Ehescheidung treten indeß nur dann ein, wenn dieselbe durch die Schuld des einen Ehegatten veranlaßt worden ist (*i*), und fallen weg, wenn beiden Ehegatten eine Schuld zur Last fällt (*k*). 3. Wird ohne hinreichenden Grund a) ein Ehegatte von dem andern verstoßen (*l*), so wird der letztere nicht blos durch Verlust der dos oder der propter nuptias donatio oder eines Surrogates der letztern (*ll*) ebenso gestraft, wie wenn er die Scheidung durch seine Schuld veranlaßt hätte (s. Nr. 2.), sondern nach dem neuesten Rechte wird er auch in ein Kloster gesteckt, es mag die Frau (*m*) oder der Mann sein (*n*), und sein übriges Vermögen fällt, wie das der wegen Ehebruches verstoßenen Frau, dem Kloster und theilweise den Descendenten oder Ascendenten, wenn solche vorhanden sind, zu. Scheiden sich b) die Ehegatten ohne hinreichenden Grund communi consensu, so wird jeder in ein Kloster gesteckt und das ganze Vermögen eines jeden fällt dem Kloster und den Descendenten oder Ascendenten zu (*o*).

(*) Ueber diese Materie s. besonders: K. Wächter über Ehescheidungen bei den Römern S. 113 ff. S. 162 ff. S. 236 ff. — Zimmern RG. B. 1. §. 166—171. — Löhr im Arch. für civ. Pr. B. 16. S. 18 ff. — Sintenis Civilr. B. 3. §. 136.

(*a*) Ueber das ältere Recht s. oben §. 533. Note *f*.

(*b*) fr. 49. §. 6. D. 32. — fr. un. D. 38. 11. — Nov. 117. c. 5. verb. „usque ad mortem."

(*c*) arg. fr. 21. 68. D. 23. 3 und der Note *b*. angef. Stellen.

(*d*) Nov. 134. c. 10. in fin. — „ut per omnes casus viro pacta dotalibus illata instrumentis serventur."

(*dd*) Das von dem Manne begangene Verbrechen des Ehebruches im Sinne des Röm. Rechts, d. h. die von ihm mit der Ehefrau eines Andern verübte Unzucht, ist zwar nach Röm. Recht für seine Frau kein hinreichender Grund zur Ehescheidung; wenn er aber wegen dieses Verbrechens enthauptet wird, so hat die Frau auf die propter nuptias donatio denselben Anspruch, wie im Falle eines iusti repudii. Nov. 134. c. 10.

(*e*) const. 8. §. 4. 5. 7. — const. 11. §. 1. C. 5. 17. — Nov. 22. c. 18. — Nov. 53. c. 6. — Nov. 74. c. 5. — Vergl. cap. 4. X. 4. 20.

(*f*) Nov. 117. c. 5. in fin. — Darüber: v. Löhr in s. Mag. B. 3. (1.) S. 359—364. — Marezoll in s. und Linde's Zeitschr. B. 3. S. 107. 108. — v. Löhr im Arch. f. civ. Pr. B. 16. S. 28. Gewöhnlich wird diese doppelte Aenderung nur auf das Successionsrecht des überlebenden dürftigen Ehegatten, also auf den Fall der Auflösung der Ehe durch den Tod, bezogen. Mit Recht haben aber v. Löhr und Marezoll darauf aufmerksam gemacht, daß sie sich auch auf den Fall der Ehescheidung bezieht. Nur haben sie einen Punkt nicht besprochen. Justinian spricht nämlich hier, wörtlich verstanden, nur von dem Falle des iniusti repudii (s. unten Nr. 2.), so daß es eine ausdehnende Interpretation seiner Neuerung ist, wenn man sie auch auf das iustum repudium bezieht (von welchem hier unter Nr. 1 die Rede ist). Dies übersehen die genannten Schriftsteller wahrscheinlich. Jedenfalls heben sie es nicht heraus und geben keine Gründe für eine solche ausdehnende Interpretation an.

(*g*) Nov. 117. c. 9. §. 4. 5.

(*h*) Die Descendenten erhalten ²/₃, und wenn keine Descendenten vorhanden sind, die Ascendenten ¹/₃. — Nov. 117. c. 8. §. 2. c. 9. §. 5. c. 13. — Nov. 134. c. 10. — Ueber die ganze Lehre von den Strafen des Ehebruchs s. man: Glück Comm. Th. 27. S. 9–93.

(*i*) G. L. Böhmer's auserl. Rechtsfälle B. 1. Nr. 23.

(*k*) fr. 39. 47. D. 24. 3. — Glück a. a. O. S. 57. 58.

(*l*) Dieser Fall kann, wie der unter *b*., heut zu Tage nicht vorkommen (§. 533. Note *l*.).

(*ll*) Daß sich die neue Vorschrift der Nov. 117. c. 5. in f. auf diesen Fall bezieht, hat keinen Zweifel. S. oben Note *f*.

(*m*) Nov. 117. c. 13.

(*n*) Nov. 127. c. 4. Vergl. Nov. 117. c. 13.

(*o*) Nov. 134. c. 11.

§. 535 b.

C. In Rücksicht der lucra nuptialia insbesondere (*a*.)

Unter lucra nuptialia wird überhaupt Alles verstanden, was ein Ehegatte mit Rücksicht auf die Ehe entweder vor oder bei der Abschließung derselben, oder während derselben, oder endlich bei ihrer Auflösung aus dem Vermögen des andern Ehegatten erwirbt, ohne Unterschied, ob er es der Freigebigkeit dieses Ehegatten verdankt, oder ob er es nach dem Ehevertrage, oder wider den Willen des andern Ehegatten kraft gesetzlicher Vorschrift erhält, also namentlich auch die dos, die dem überlebenden Manne, und die propter nuptias donatio, die der überlebenden Frau zufällt (§. 530.), und alle lucra ex divortio (§. 535 a.), nicht aber die dos, welche der Frau, oder die propter nuptias donatio, welche dem Manne nach Auflösung der Ehe zufällt (*b*). So viel nun die Rechte des Ehegatten an den lucris nuptialibus nach Auflösung der Ehe betrifft, so kommt es zunächst darauf an, ob Kinder aus der Ehe vorhanden sind oder nicht. Im letztern Falle wird er gar nicht beschränkt, sondern behält an allen lucris nuptialibus immer das volle Eigenthum mit völlig freier Dispositionsbefugniß (*c*). Im ersten Falle hingegen gilt dieses zwar auch als Regel; es erleidet aber nicht blos dann eine Ausnahme, wenn der lucrirende Ehegatte zu einer weitern Ehe schreitet (§. 536.), sondern an einigen lucra nuptialia fällt das Eigenthum sogleich und ohne Rücksicht darauf, ob der lucrirende Ehegatte eine weitere Ehe eingeht oder nicht, den Kindern aus der fraglichen Ehe zu, und jener erwirbt daran nur den lebenslänglichen Niesbrauch. Dieses verordnet die Nov. 98 von der dos und der propter nuptias donatio, welche der überlebende Ehegatte durch den Tod des andern lucrirt (*d*); ferner von allem Demjenigen, was bei erfolgter Ehescheidung der unschuldige Ehegatte aus dem Vermögen des schuldigen zur Strafe desselben erwirbt (*e*), und die Nov. 117. c. 5. auch von der Portion der armen Wittwe, welche dieselbe aus dem Nachlasse ihres verstorbenen reichen Mannes zu fordern berechtigt ist (§. 627.); die Nov. 127. c. 3 aber räumt dem überlebenden Ehegatten, der die dos oder propter nuptias donatio durch den Tod des andern lucrirt hat, so lange er nicht zu einer weiteren Ehe schreitet, das volle Eigenthum an einer Virilportion davon ein. Diejenigen lucra nuptialia, woran den Kindern aus der Ehe, aus welcher sie lucrirt worden sind, bei dem Leben des lucrirenden Ehegatten das Eigenthum nicht zufällt, weil er nicht zu einer weitern Ehe übergeht, können dieselben nach seinem Tode, wenn sie nicht consumirt und

nicht veräußert sind, in Anspruch nehmen, wenn sie auch nicht Erben desselben geworden sind (*f*).

(*a*) Wächter a. a. O. S. 246. ff. — Zimmern RG. B. 1. §. 177. 178. — Marezoll in s. und Linde's Zeitschr. B. 3. Nr. 5. — Löhr im Arch. für civ. Pr. B. 16. S. 31. ff. — Heimbach in Linde's Zeitschr. B. 16. Nr. 2 u. 13.

(*b*) const. 3. pr. C. 5. 9. — const. 11. §. 1. C. 5. 17. — Nov. 22. c. 30. — Nov. 98. c. 2.

(*c*) const. 3. §. 1. in fin. C. 5. 9. — const. 11. §. 1. C. 5. 17. — Nov. 22. c. 22. pr. c. 23 pr. — Nov. 98. c. 2. — Nov. 117. c. 13.

(*d*) Vorher galt dieses nur bei der propter nupt. donatio und dos aus der zweiten Ehe. const. 4. C. 5. 9. — Nov. 22. c. 29.

(*e*) Nov. 98. c. 2. Schon Theodosius und Valentinian hatten an diesen lucra den Kindern sogleich dieselben Rechte eingeräumt, welche sie an anderen lucra nur nach Eingehung einer neuen Ehe hatten. const. 8 §. 7. C. 5. 17. S. aber auch Justinian's const. 9. § 1. C. 5. 9. und const. 11. §. 1. C. 5. 17. — Vergl. auch Nov. 117. c. 8. pr. c. 9. pr. c. 10.

(*f*) const. 5. §. 2. const. 6. §. 3 const. 8. §. 1. C. 5. 9.

§. 536.

IV. Nachtheile der zweiten Ehe (*a*).

Mit der Eingehung einer zweiten Ehe sind für denjenigen Ehegatten, welcher zu derselben schreitet, gewisse Nachtheile, besonders in Ansehung seines Vermögens, verbunden (*aa*). 1. Einige derselben treten schon von Rechtswegen ein, und diese pflegt man zwar gewöhnlich poenae secundarum nuptiarum zu nennen, sie sind aber keine eigentlichen Strafen, sondern mehrentheils blos gesetzliche Vermögensbeschränkungen, die Nichts weiter bezwecken, als den Vortheil der unter solchen Verhältnissen nur zu häufig hintangesetzten Kinder der ersten Ehe, weshalb sie auch von selbst wegfallen, wenn aus der ersten Ehe keine Kinder vorhanden sind (*b*). Jedoch ist dabei noch folgender Unterschied: A. Einige dieser gesetzlichen Nachtheile treffen sowohl den Vater, als die Mutter, wenn sie eine neue Ehe eingehen. Dahin gehört: 1. Derjenige Ehegatte, welcher zur zweiten Ehe schreitet, verliert zu Gunsten der Kinder erster Ehe die Proprietät auch an denjenigen lucris nuptialibus, welche nicht schon außerdem und früher gleich bei Auflösung der frühern Ehe den Kindern aus derselben eigenthümlich zugefallen sind (§. 535 b.); er behält indeß den lebenslänglichen Niesbrauch (*c*), und die Kinder erster Ehe haben zur Sicherung ihres Anspruchs wegen der Proprietät eine gesetzliche Hypothek an seinem ganzen Vermögen (*d*). 2. Der Ehegatte, welcher zur zweiten Ehe schreitet, darf seinem zweiten Ehegatten weder unter Lebenden noch von Todeswegen mehr zuwenden, als er demjenigen Kinde erster Ehe hinterläßt, welches, ohne gerecht enterbt zu sein, das Wenigste erhält. Handelt er dieser Vorschrift zuwider, so wird das zu viel Hinterlassene pro non scripto gehalten und vertheilt sich unter den Kindern erster Ehe zu gleichen Theilen (*e*). 3. Der wieder heirathende Parens darf, wenn er Kinder aus der frühern Ehe hat, die für die zweite Ehe bestellte dos oder propter nuptias donatio während derselben zwar vermehren, aber nicht vermindern; der Zweck ist, damit nicht die Folgen der eben unter Nr. 2 angeführten Verordnung vereitelt werden (*f*). 4. Der Ehegatte, welcher seinen Kindern Legate oder Fideicommisse unter einer Bedingung oder nach Ablauf einer gewissen Zeit zu präftiren hat, muß ihnen, wenn er zur zweiten Ehe schreitet, deshalb Caution bestellen, wovon er sonst

frei ist (*g*). B. Andere gesetzliche Nachtheile treffen blos die Mutter (*gg*). Dahin gehört: 1. wenn eine Mutter, welche schon zur zweiten Ehe geschritten ist, oder auch nur späterhin noch dazu schreitet, ein Kind erster Ehe zugleich mit dessen Geschwistern ab intestato beerbt, so erhält sie an ihrer Erbportion, insoweit das ererbte Vermögen vom Vater des Kindes herrührt, nur den Niesbrauch, während die Proprietät den miterbenden Kindern zufällt (*h*). 2. Wenn die Mutter einem Kinde erster Ehe Etwas geschenkt hat, so kann sie, wenn sie zur zweiten Ehe schreitet, die Schenkung nicht aus jedem sonst zulässigen Grunde, sondern nur dann widerrufen, wenn das Kind ihr nach dem Leben trachtet, wenn es sie thätlich beleidigt, oder Etwas gegen sie vornimmt, wodurch sie ihr ganzes Vermögen verlieren könnte (*i*). 3. Die Mutter verliert durch die zweite Heirath das Recht, zu verlangen, daß die Erziehung der Kinder erster Ehe zunächst uud unmittelbar ihr anvertraut bleibe (*k*), und 4. die Frau, welche bisher als Mutter oder Großmutter die Tutel über ihre Kinder oder Enkel geführt hat, verliert, sobald sie zur zweiten Ehe schreitet, das Recht, die Vormundschaft fortzubehalten (*l*). II. Andere Vermögensnachtheile können ihren Grund haben in einer besondern Disposition des einen oder des andern Ehegatten, oder auch eines Dritten. Hiernach wird durch die Eingehung einer anderweitigen Ehe alles Dasjenige verwirkt, was der verstorbene Ehegatte oder ein Dritter dem überlebenden unter der Bedingung, sich nicht wieder zu verheirathen, in seinem letzten Willen hinterlassen hat (*m*). Auf das Dasein von Kindern erster Ehe kommt es hier nicht an. Uebrigens kann hier der Bedachte nach Jahresfrist das, was ihm hinterlassen ist, vorläufig verlangen, wenn er Caution dafür stellt, daß er im Fall der Wiederheirathung das Empfangene zurückgeben wolle (*n*).

(*a*) Cod. Theod. III. 8. 9. — Nov. Theod 5. 7. — Cod. Iust. V. 9. 10. — Nov. 22. c. 22—48. — Jo. Sam. Frid. Boehmer Diss. de poenis secundar. nuptiarum. Francof. a. M. 1758. — W. A. van Lidth de Jeude Diss. de poenis secundarum nuptiarum. Traj. ad Rh. 1801. — Glück Comm. Th. 24. § 1217. S. 112 ff. — Zimmern RG. B. 1. §. 177. — Marezoll in s. und Linde's Zeitschr. B. 5. S. 363. — Göschen Grundr. S. 350. Vorles. B. 3. §. 711—713 — Löhr im Arch. für civ. Pr. B. 16. S. 34 ff. — Geiger in Linde's Zeitschr. B. 19. S. 198 ff. — Sintenis Civilr. B. 3. §. 137.

(*aa*) Sie beruhen fast alle (vergl. Note *k*.) auf Verordnungen christlicher Kaiser. Nach der lex Iulia et Papia Poppaea trafen den Wittwer und die Wittwe, welche keine zweite Ehe eingingen, sogar die Strafen des Cölibates.

(*b*) const. 3. §. 1. in fin. C. 5. 9. — Nov. 22. c. 22. pr. c 23. pr. — Nov. 98. c. 2. — Nov. 117. c. 13.

(*c*) Gratian, Valentinian und Theodos, welche die erste Verordnnng dieser Art in Beziehung auf die Frau erlassen, und Theodos II. u. Valentinian III., welche sie auf den Mann ausdehnen, lassen ihnen noch ein beschränktes Eigenthum; ja, sie erlauben ihnen, zu bestimmen, welche von den Kindern aus der fraglichen Ehe die lucra erhalten sollen. const. 3. 5. C. 5. 9. Justinian aber entzieht ihnen in der Nov. 2. c. 3. dieses Wahlrecht und in der Nov. 22. c. 22. seqq. verordnet er, im Augenblick des Ueberschreitens zur zweiten Ehe solle die Proprietät den Kindern zufallen. const. 3. pr. const. 5. C. 5. 9. — Nov. 22. c. 23—26.

(*d*) Leo führt es ein an dem Vermögen der Frau und Justinian an dem des Mannes. const. 6. §. 2. const. 8. §. 4. 5. C. 5. 9. — const. 6. §. 4. C. 6. 61. — Nov. 22. c. 24.

(*e*) Leo schreibt dieses zuerst vor. const. 6. pr. const. 9. C. 5. 9. — Nov. 2. c. 4. — Nov. 22. c. 27. 28. 48. Vergl. v. Buchholtz jurist. Abhandl. Nr. 7.

(*f*) const. 19. C. 5. 3. — Nov. 22. c. 31. vergl. mit c. 28. — Löhr in s. Mag. B. 3. (1.) S. 517. und im Arch. a. a. O. S. 48.

(*g*) Nach Verordnungen von Zeno und Justinian. const. 6. pr. §. 1. C. 6. 49. — Nov. 22. c. 41. Diese Verordnungen will Marezoll a. a. O. S. 372. auf den

Fall beschränkt wissen, wenn das Vermächtniß ein fideicommissum hereditatis ist, und der Onerirte ein Descendent des ersten Grades, Sohn oder Tochter, des Testirers ist. — Glück a. a. O. S. 185 beschränkt auch die ganze Vorschrift auf den Vater.

(*gg*) Constantin's Verordnung, daß der Vater durch Eingehung einer zweiten Ehe seine aus der väterlichen Gewalt entspringenden Rechte an den bona materna der Kinder erster Ehe verlieren solle, const. 3. C. Th. 8 18., hob Leo wieder auf, const. 4. C. 6. 60. S. auch Justinian's const. ult. C. 6. 59. — const. 13. C. 6. 58. — Nov. 22. c. 34. — Die den Mann allein betreffende Nov. 6. c. 7. gehört dem Kirchenrechte an.

(*h*) Nov. 22. c 46. 47. — Gratian, Valentinian und Theodos schrieben zuerst vor, daß dieser Erwerb wie ein lucrum nuptiale behandelt werden soll. const. 10. C. Th. 8. 18. Theodos II. und Valentinian III. dehnten es auf den zur zweiten Ehe schreitenden Vater aus. const 8. C. Th. 5. 1. Zur Zeit der Abfassung des Cod. Iust. und bis zur Nov. 118 konnte nach dem damaligen Erbrecht ein solcher Fall bei dem Vater nicht vorkommen. Deswegen wurde die zweite Verordnung in den Codex nicht aufgenommen. Die erste erhielt hier den Zusatz, daß sie auch gelten solle, wenn die Mutter ex testamento erbt. const. 3. §. 1. C. 5. 9. — const. 5. C. 6. 56. Die dadurch herbeigeführte Ungleichheit zwischen Vater und Mutter veranlaßte Justinian, die ganze Vorschrift in Nov. 2. c. 3 aufzuheben. Aber in der Nov. 22 erneuerte er sie für das, was die Mutter ab intestato erbt. Viele behaupten, dieses sei, seitdem der Fall bei dem Vater eben so vorkommen kann, wie bei der Mutter, auf jenen analog anzuwenden. Dagegen v. Löhr a. a. O. und Marezoll a. a. O. S. 397 ff. Dafür aber wieder Geiger a. a. O. S. 204 ff.

(*i*) Constantin's Söhne verboten hier jeden Widerruf. const. 1—4. C. Th. 8. 13. Justinian nahm diese Verordnung in den Codex auf. const. 7. C. 8. 56. Später aber beschränkte er sie auf die angegebene Weise in Nov. 22. c. 35. — v. Löhr im Arch. S. 44 ff. — v. Buchholtz jur. Abh. Nr. 12.

(*k*) const. 1. C. 5. 49 von Severus Alexander. — Nov. 22. c. 38.

(*l*) Nov. 22. c. 40. — Nov. 94. c. 2.

(*m*) Cod. 6. 40. — Nov. 22. c. 43. 44. — Die Regel, daß die einer letztwilligen Verfügung beigefügte conditio viduitatis beachtet wird, und daß das, was unter derselben hinterlassen ist, nur gegen die cautio Muciana in Anspruch genommen werden kann, erlitt nach der lex Iulia Miscella wenigstens bei der von ihrem verstorbenen Ehemanne bedachten Wittwe eine Ausnahme, wenn sie im ersten Jahre eidlich versprach, liberorum quaerendorum causa wieder zu heirathen. Justinian fand diesen Eid anstößig und erließ deshalb in zwei Verordnungen des Codex zuerst der Wittwe und dann auch dem Wittwer die Bedingung ganz. In der Nov. 22 aber stellte er im Wesentlichen das Recht vor der lex Iulia wieder her, nur mit mancherlei neuen Detailbestimmungen.

(*n*) Nov. 22. c. 44. — S. auch §. 313. Note *m*.

§. 537.

V. Nachtheile des verletzten Trauerjahrs.

Wird die Ehe durch den Tod des Mannes (*) getrennt, so muß die Frau wenigstens ein Jahr (**) warten, ehe sie zu einer andern Ehe schreiten darf (*a*). Verletzt sie dieses s. g. Trauerjahr, so erleidet sie außer den allgemeinen Nachtheilen der Eingehung einer zweiten Ehe (§. 536) noch folgende (*aa*) besondere Strafen (*b*): 1. Sie wird infam. 2. Sie verliert alle lucra nuptialia aus der vorigen Ehe und diese fallen an die Descendenten, Ascendenten und Geschwister ihres ersten Ehemannes, in deren Ermangelung aber an den Fiscus. 3. Sie kann ihrem zweiten Manne nicht mehr als ein Drittel ihres Vermögens als dos bestellen, oder sonst auf irgend eine Weise unter Lebenden oder auf den Todesfall zuwenden. 4. Sie kann Nichts aus einem letzten Willen erwerben und alle ihr hinterlassenen Erbschaften und Legate sind ungiltig zu Gunsten der andern Testaments- oder Intestaterben des

Erblassers. 5. Sie kann ab intestato nur Verwandte bis zum dritten Grade beerben. — Alle diese Strafen können ihr zwar vom Regenten durch ein Rescript erlassen werden, um aber ein solches Begnadigungs-Rescript zu erlangen, muß sie ihren Kindern erster Ehe die Hälfte ihres Vermögens sogleich abtreten, ohne den Niesbrauch daran zu behalten und ohne Etwas davon wieder in Anspruch nehmen zu können, wenn eins dieser Kinder ab intestato stirbt, so lange nur noch andere Kinder erster Ehe oder Descendenten derselben vorhanden sind. Erst in gänzlicher Ermangelung dieser fällt ihr das Abgetretene wieder ganz zu (*c*).

(*) Ist sie durch Ehescheidung getrennt, so muß die Frau, wenn sie nicht in ein Kloster kommt und dadurch zur Eingehung einer Ehe für immer unfähig wird, als schuldiger Theil fünf Jahre und in jedem Falle ein Jahr warten, bis sie sich wieder verheiraten darf (§. 535 a.). Eine gegen dieses Verbot eingegangene Ehe ist nach Röm. Rechte nichtig; dagegen sind die auf die Verletzung des Trauerjahres gesetzten Strafen auf diesen Fall nicht ausgedehnt.

(**) Vor Gratian, Valentinian und Theodos waren es nur zehn Monate. const. 2. C. 5. 9.

(*a*) const. 8. §. 4. in fin. const. 9. C. 5. 17. — Nov. 22. c. 16. pr. S. oben §. 509. Note *d*.

(*aa*) Die Strafe der Infamie findet sich schon in dem prätorischen Edict, dagegen die Strafen unter 2—5 sind erst durch Gratian und seine Mitregenten eingeführt.

(*b*) fr. 1. D. 3. 2. — const. 1. 2. C. 5. 9. — const. 4. C. 6. 56. Besonders Nov. 22. c. 22. — Löhr im Mag. B. 3. (1.) S. 520 und im Arch. für civ. Pr. B. 16. S 33. — Glück Comm. Th. 24. §. 1217. S. 189. — Zimmern RG. B. 1. §. 176.

(*c*) Alle diese Strafen treffen die Frau nach der Nov. 39. c. 1 auch dann, wenn sie das Trauerjahr zwar nicht durch Eingehung einer andern Ehe, aber durch Unzucht verletzt. Auch sollen sie nach Nov. 22. c. 40 dann eintreten, wenn eine Mutter, welche die Tutel über ihre ehelichen oder unehelichen Kinder übernommen hat, eine Ehe eingeht, bevor sie die Bestellung eines andern Tutors erwirkt, diesem Rechnung abgelegt und das Vermögen herausgegeben hat. — Schweppe Pand. §. 722. — Löhr im Mag. a. a. O. S. 523. — Das Canonische Recht hat für den Fall einer zu frühzeitigen Ehe die Strafe der Infamie aufgehoben. cap. 4 5. X. 4. 21. Daraus folgt aber noch nicht, daß jetzt auch die anderen Strafen wegfallen.

§. 538.

VI. Separatio quoad thorum et mensam.

Verschieden von der eigentlichen Ehescheidung ist die blos persönliche Trennung der Ehegatten von Tisch und Bett (separatio coniugum quoad thorum et mensam). Durch jene wird das Band der Ehe selbst gelöst, so daß sie forthin nicht mehr besteht, durch die Trennung von Tisch und Bett wird blos die Pflicht der Ehegatten zum Beisammenwohnen aufgehoben, während die Ehe selbst unter ihnen bestehen bleibt. Das Röm. Recht weiß aber nichts von einer solchen Separation, sondern diese ist erst durch das Canonische Recht eingeführt worden (*a*).

(*a*) Tit. X. 4. 19. — cap. 12. X. 2. 23. — cap. 6. X. 5. 16. — cap. 8. 13. X. 2. 13. — Conc Trid. Sess. 24 de reformat. matrim. c. 6 — 8. — Sie wird bald auf Lebenszeit (sep perpetua), bald nur auf eine Zeit lang (temporaria) erkannt. 1. Die separatio perpetua vertritt bei den Katholiken die Stelle der Ehescheidung und wird bei ihnen aus solchen Gründen erkannt, aus welchen bei den Protestanten Ehescheidung Statt findet c. 23. C. 32. qu. 5. — c. 4. 5. C. 32. qu. 6. — cap. 6. X. 4. 19. — c. 21. X. 3. 32. — Auch hat sie in Ansehung des Vermögens alle Wirkungen der Ehescheidung, namentlich muß die dos zurückgegeben werden, wenn sie nicht von der Frau verwirkt ist. c. 1. 4. X. 4. 20. — GOTTSCHALK Discept. for. T. 2. nr. 4. —

Bei den Protestanten kommt sie nicht vor. 2. Auf separatio temporaria wird bei Katholiken sowohl wie bei Protestanten dann erkannt, wenn Unfrieden unter den Ehegatten herrscht. Sie ist zu betrachten als ein Versuch zur Aussöhnung der Ehegatten und kann nach Befinden der Umstände verlängert werden. Auf das Vermögen hat sie keinen Einfluß. S. überhaupt: Walter Kirchenrecht §. 320. — Wiese Handb. des Kirchenrechts B. 2. S. 687. B. 3. S. 422. — Glück Comm. Th. 26. §. 1269. — Pfeiffer prakt. Ausf. B. 2. S. 329. — Hartitzsch Eherecht §. 321–324. §. 387—388.

Zweiter Abschnitt.

Von der väterlichen Gewalt.

Erstes Kapitel.

Von dem Verhältnisse zwischen Eltern und Kindern überhaupt.

§. 539.

I Von der ehelichen Vaterschaft und Kindschaft.

Ein eheliches Kind ist dasjenige, welches von einem Ehemanne mit seiner Ehefrau in rechter Ehe erzeugt worden ist. Dieß wird vermuthet, wenn es 1. nicht vor dem 182sten Tage nach Eingehung der Ehe (*a*) und 2. nicht später, als im zehnten Monate nach Auflösung der Ehe zur Welt kommt (*b*). In diesem Falle wird nach der Regel: pater est, quem nuptiae demonstrant (*c*), der Ehemann so lange für den Vater des Kindes gehalten, bis er den Beweis der absoluten Unmöglichkeit führt (*d*). In allen übrigen Fällen hingegen muß die Ehefrau, wofern der Ehemann das Kind nicht etwa freiwillig für das seinige anerkennt (*e*), zuvor den Beweis der Paternität desselben führen (*ee*). Die Klage der Ehefrau gegen den Ehemann auf Anerkennung des Kindes heißt actio de partu agnoscendo (*f*). Um jedoch das Unterschieben der Kinder zu verhüten, ist der Frau, welche sich bei der Scheidung schwanger fühlt, durch das Sctum Plancianum (unter Vespasian) zur Pflicht gemacht, dem Manne davon binnen 30 Tagen Anzeige zu machen (*g*). Dieß ist später durch das prätorische Edict auch auf den Fall ausgedehnt, wenn die Ehe durch den Tod des Mannes aufgehoben wird, wo die Anzeige den dabei interessirten Personen gemacht werden muß (*h*). Unterbleibt die Anzeige, so kann zwar die Frau die actio de partu agnoscendo nicht anstellen, das Kind selbst aber seine Rechte immer noch geltend machen (*i*).

(*a*) fr. 3. §. 12. D. 38. 16. — fr. 12. D. 1. 5. — fr. 6. D. 1. 6. — Vergl. Elvers' allg. jurist. Zeit. 1829. Nr. 29. — v. Buchholtz jur. Abh. Nr. 14.

(*b*) fr. 3. §. 11. D. 38. 16. — Vergl. fr. 29. pr. D. 28. 2. — const. 4. C. 6. 29. — Glück Comm. Th. 28. §. 1287 e.

(*c*) fr. 5. D. 2. 4. — Hasse Güterrecht der Ehegatten §. 12.

(*d*) fr. 6. D. 1. 6. — von Bülow Abhandl. Th. 2. Nr. 31. — Elvers' allg. jurist. Zeit. 1829. Nr. 2.

(*e*) const. 11. C. 5. 27. — Nov. 89. cap. 8. §. 1. — Gönner Arch. B. 1. nr. 6.

(*ee*) Wenn indeß Jemand mit einer Frauensperson, mit welcher er in rechter Ehe leben könnte, Kinder erzeugt hat und diese in einer öffentlichen, oder von ihm eigenhändig

geschriebenen und von drei Zeugen unterschriebenen Urkunde, oder in seinem Testamente, oder gerichtlich zu Protocoll, als seine Kinder anerkennt, ohne hinzuzufügen, daß sie blos natürliche Kinder seien, so gelten sie als eheliche Kinder und haben die Rechte derselben. Nov. 117. c. 2. — Auth. si quis C. 5. 27.

(*f*) Diese Klage wurde zuerst durch das Sctum Plancianum, und zwar nur für den Fall dieses Senatusconsults, eingeführt. fr. 1. D. 25. 3., durch ein späteres Senatusconsult unter Hadrian aber auch in dem Falle gestattet, wenn das Kind während der Ehe geboren wurde, fr. 3. §. 1. D. ibid. — Christ. Gmelin über die Präjudicialklage de partu agnoscendo. Erlangen 1781. — Glück Comm. Th. 28. §. 1285—1287 f.

(*g*) Dig. 25. 3. — Thibaut System §. 473. 474. — Glück a. a. O. — Zimmern RG. B. 1. § 144.

(*h*) fr 1. §. 10. seq. D. 25. 4.

(*i*) fr. 1. §. 6. 8. 15. D. 25. 3. — fr. 1. §. 15. D. 25. 4.

§. 540.

Fortsetzung.

Die ehelichen Kinder sind berechtigt, von ihren Eltern Ernährung und standesmäßige Erziehung zu fordern, wenn sie kein eigenes Vermögen haben, aus welchem sie sich selbst erhalten können (*a*). Zunächst sind Vater und Mutter des Kindes hierzu verpflichtet, im Nothfalle aber auch die Großeltern (*b*). Diese Alimentationspflicht ist jedoch wechselseitig, d. h. auch die Kinder sind ihre dürftigen Eltern zu ernähren schuldig (*c*), und ebenso haben eheliche Kinder und Eltern ein wechselseitiges Erbrecht.

(*a*) fr. 5. §. 6. 7. D. 25. 3. Vergl. fr. 5. §. 8. 11. D. ibid. — Was zu den Alimenten gehört, darüber s. man: fr. 234. §. 2 D. 50. 16. — fr. 6. §. 5. D. 37. 10. — fr. 1. §. 19. D. 37. 9. — const. 9. C. 8. 47. — Nov. 117. c. 7. — Jo. Gottfr. Bauer Diss. de patre ad liberos, qui bona habent, alendos obligato; in opusc. T. 1. nr. 4. — Puggé im Rhein. Museum für Jurispr. Jahrg. 3. S. 559. — Walther in Linde's Zeitschr. B. 20. Nr. 8.

(*b*) fr. 5. §. 2. fr. 8. D. 25. 3. — Glück Comm. Th. 28. §. 1289.

(*c*) fr. 5. §. 1. D. ibid. — Glück §. 1290. — Geschwister sind zwar moralisch, aber nicht juristisch verpflichtet, einander zu alimentiren. — Kind quaest. for. Ed. I. T. 3. c. 27. Ed. II. T. 4. c. 60. — Höpfner Comm. §. 105. Not. 2. — Weber von der nat. Verb. §. 102. — Hasse Güterrecht §. 100. — A. M. wegen fr. 12. §. 3. fr. 13. §. 2. D. 26. 7. — fr. 4. D. 27. 2. — fr. 1. §. 2. D. 27. 3. — Nov. 89. c. 12. §. 6 sind: Thibaut Versuche B. 1. Nr. 12 und Spangenberg in Hagemann's prakt. Erört. Th. 8. Abth. 2. Nr. 12. Allein man sehe dagegen: Müller im Arch. für civil. Pr. B. 13. S. 234. u. Glück §. 1290. a. b.

§. 541.

II. Von der unehelichen Vaterschaft und Kindschaft.

Die unehelichen Kinder wurden nach Römischem Rechte als vaterlos (quasi sine patre filii) betrachtet (*a*). Die Folge davon war, daß sie nur von ihrer Mutter und deren Ascendenten Alimente verlangen, Niemanden aber als ihren Vater auf Anerkennung und Alimente in Anspruch nehmen konnten (*b*).

(*a*) Ulp. IV. §. 2. — Gajus I. §. 64. — §. 12. J. 1. 10. — §. 4. J. 3. 5. — fr. 23. D. 1. 5.

(*b*) fr. 5. §. 4. fr. 7. D. 25. 3. Erst Justinian gab den liberis *naturalibus* ein Alimentationsrecht gegen ihren Vater. Nov. 89. c. 12. 13. — H. C. Stever Disquis. an e iure Iustinianeo patri incumbat onus alendi spurios. Rostoch. 1817. — Incestuosi konnten selbst von ihrer Mutter keine Alimente fordern. Auth. *Ex com-*

plexu C. 5. 5. — Nov. 74. c. 6. — Nov. 89. c. 15. — HEISE de successoribus necessariis. Gött. 1802. §. 29—33. — Höpfner Comm. § 478. Note 3. u. 5. — v. Bülow Abh. B. 1. Nr. 8. — Nach Canonischem Rechte und dem heutigen Gerichtsgebrauche gestattet man indeß der Mutter des Kindes und diesem selbst eine actio de partu agnoscendo utilis gegen den Erzeuger und dessen Erben auf Anerkennung und Ernährung des Kindes. Kann aber die Vaterschaft des Beklagten nicht bewiesen und nicht ausgemittelt werden, so sind allein die Mutter und deren Ascendenten zur Ernährung des Kindes verbunden und im Nothfalle haben die öffentlichen Wohlthätigkeitsanstalten dafür zu sorgen. Streitig sind hier folgende Fragen: 1. Ob der nächste Grund dieser heutigen Obligation in einem Delict, oder in der Vaterschaft, also in einer Art von Verwandtschaft, oder endlich in der bloßen Thatsache der Erzeugung als einem in sich abgeschlossenen Acte bestehe? Die erste Ansicht war bisher die gewöhnliche; die zweite vertheidigen Heerwart in Linde's Zeitschr. B. 14. Nr. 18, im Arch. für die civ. Pr. B. 17. Nr. 3, in Linde's Zeitschr. B. 17. Nr. 9 und v. Vangerow B. 1 §. 260 Anm. 1; die dritte: v. Schröter in Linde's Zeitschr. B. 5. S. 309 ff. — Busch im Arch. für die civ. Pr. B. 23. Nr. 3. — Schöman in Linde's Zeitschr. u. F. B. 2. Nr. 4. — 2. Ob heut zu Tage nach der Usual-Interpretation des cap. 5. X. 4. 7 auch adulterini im Römischen Sinne, d. h. Kinder, die Jemand mit der Ehefrau eines Andern erzeugt hat, von ihrem Vater alimentirt werden müssen? Dafür: J. H. BOEHMER ius eccl. Prot. Lib. 4. tit. 7. §. 9. Dagegen: Spangenberg im Arch. für civ. Pr. B. 1. S. 33 und Kaucher ebend. B. 3. S. 441. Dafür wieder besonders: Duntze ebend. B. 12. S. 115 und v. Schröter in Linde's Zeitschr. B. 5. S. 303. Dafür, aber nur wenn nachgewiesen wird, daß das Kind nicht von dem Ehemanne gezeugt sein kann: Heerwart im Arch. für die civ. Prax. B. 17. Nr. 3. — 3. Ob der Vater verbunden ist, die unehelichen Kinder seines Sohnes zu ernähren? Darüber s. man: v. Bülow Abh. B. 2. S. 130. — Glück Comm. Th. 28. §. 1280. a. — 4. Ob der Vater eines unehelichen Kindes das Recht hat, dasselbe der Mutter zu entziehen, um es bei sich selbst zu ernähren? Darüber s. man: Kämmerer in Elvers' Themis B. 2. S. 202, welcher es verneint; Spangenberg prakt. Erört. B. 1. S. 54 und Heerwart im Arch. für civ. Prax. B. 14. S. 442, welche es bejahen. — 5. Ob der Beklagte von der Klage zu entbinden ist, wenn er die s. g. exceptio plurium stupratorum beweisen kann? Dafür: WERNHER T. 2. P. 4. obs. 395. — LEYSER med. ad Pand. spec. 222. med. 9. Dagegen: v. Bülow u. Hagemann prakt. Erört. B. 2. nr. 59. — Geiger u. Glück merkwürdige Rechtsfälle B. 2. nr. 24. — Glück Comm. Th. 28. §. 1288. a. — v. Bülow Abh. B. 2. S. 71. — Walbeck Controversen-Entscheidungen Th. 1. S. 192. — F. B. Busch in Elvers' Themis B. 2. S. 189. — Heerwart a. a. O. S. 447. — v. Schröter a. a. O. S. 314. — Busch im Arch. a. a. O. — Ueber diese ganze Lehre s. besonders: Glück Comm. Th. 28. §. 1288. — F. B. Busch von den Rechten geschwächter Frauenspersonen und der unehelichen Kinder nach dem gemeinen bürgerlichen Rechte. Ilmenau 1828. — G. F. Funke Beitr. zur Erört. prakt. Rechtsmaterien. Chemnitz 1830. S. 223. — Schüßler die Paternitäts-, Alimenten- und Satisfactionsklagen. Fulda 1835. 2. umgearb. Aufl. Kassel 1843. — Gett über die Rechtsverhältnisse aus der außerehelichen Geschlechtsgemeinschaft. München 1836. — Derselbe theor. prakt. Ausführungen zur Lehre über die rechtl. Verhältnisse bezüglich der außerehelichen Kinder 1. Heft. Nördl. 1850. — v. Arnold über Alimentations- und Deflorationsklagen. München 1851. (Krit. Ueberschau. B. 1. S. 310.)

§. 542.

III. Von den Rechten beider Eltern in Ansehung ihrer Kinder.

A. Die Eltern sind verpflichtet, die Kinder zu ernähren und zu erziehen; eben deshalb sind sie auch zu alle demjenigen berechtigt, was als Mittel zur Erfüllung jener Pflicht anzusehen ist (*a*). Hieraus folgt: 1. das Recht, für die physische und moralische Bildung der Kinder zu sorgen und die künftige Lebensart derselben zu bestimmen, wobei diese jedoch, wenn sie zu reiferen Jahren gekommen sind, immer selbst gehört werden müssen. Nach erfolgter Ehescheidung hat der Richter zu bestimmen, bei wem die Kinder erzogen werden

sollen (*b*). Doch verliert die Mutter die ihr anvertraute Erziehung, wenn sie zur zweiten Ehe schreitet (*c*). Die Kosten der Ernährung und Erziehung fallen aber immer zunächst dem Vater, als solchem, zur Last, er sei der schuldige oder unschuldige Theil. Nur wenn er arm, die Mutter aber reich ist, muß diese die Kinder ernähren (*d*). 2. Das Recht, die Kinder, insoweit dieß zur Erziehung erforderlich ist, zu züchtigen, oder sie bei schwereren Vergehungen der Obrigkeit zur Bestrafung zu übergeben (*e*).

(*a*) v. Globig über die Gründe und Grenzen der väterlichen Gewalt. Dresden u. Leipz. 1789. — Glück Comm. Th. 2. §. 137. 138. Besonders: Burchardi im Arch. für civ. Pr. B. 8. S. 161. — Elvers' Themis B. 1. S. 1. — Sintenis prakt. Civilr. B. 3. §. 140 bei Note 3 ff.

(*b*) Die Regel, daß das Erziehungsrecht zunächst dem Vater zusteht, erlitt schon nach den Pandekten, selbst wenn er die väterliche Gewalt hat, da eine Ausnahme, wo das Wohl des Kindes eine solche erheischt. fr. 1. §. 3. fr. 3. §. 5. D. 43. 30. Damit stimmt überein: const. 1. C. 5. 24, worin die Entscheidung dem richterlichen Ermessen überlassen wird. Nach Nov. 117. c. 7 soll der Mutter die Erziehung namentlich dann anvertraut werden, wenn entweder der Vater die Ehescheidung verschuldet hat, oder sie die Kinder alimentiren muß, weil der Vater es nicht kann. S. die in der Note *a*. cit. Schriften und Sarway im Arch. für die civ. Pr. B. 31. Nr. 14. B. 32. Nr. 1.

(*c*) Auth. *Si pater* C. ibid. Vergl. Nov. 94. c. 2.

(*d*) Cod. 5. 25. — Nov. 117. cap. 7. Viele sind zwar anderer Meinung wegen der Auth. *Si pater* C. 5. 24, allein diese kann, da sie mit ihrer Quelle im Widerspruch steht, nichts entscheiden. (S. oben §. 82.) — Fritz in Löhr's Mag. B. 4. (2.) S. 247.

(*e*) const. 3. C. 8. 47. — const. un. C. 9. 15.

§. 543.

Fortsetzung.

B. Die Kinder sind ihrerseits den Eltern Gehorsam und Ehrerbietung schuldig (*a*). Daraus folgt: 1. daß sie keine actiones famosae gegen ihre Eltern anstellen (*b*) und 2. daß sie nicht zu einem Zeugnisse gegen dieselben gezwungen werden können (*c*). Auch können sie 3. ihre Forderungen gegen die Eltern immer nur insoweit einklagen, daß diese noch so viel behalten, als zur Lebensnothdurft erforderlich ist (in quantum facere possunt) (*d*).

(*a*) fr. 1. §. 2. fr. 9. 10. D. 37. 15. — fr. 4. D. 27. 10. — const. 4. C. 8. 47.

(*b*) fr. 5. §. 1. D. 37. 15. — fr. 11. §. 1. D. 4. 3. — const. 5. C. 2. 21.

(*c*) fr. 4. 5. D. 22. 5.

(*d*) §. 38. J. 4. 6. — fr. 7. §. 1. D. 37. 15. — fr. 16. D. 42. 1.

Zweites Kapitel.

Von dem Begriffe und der Erwerbung der väterlichen Gewalt (*).

§. 544.

Begriff derselben.

Die väterliche Gewalt (patria potestas) ist der Inbegriff derjenigen besonderen Rechte, welche nach dem Römischen Civilrechte einem Manne, der sui iuris ist, über seine Söhne und Töchter, sowie über seine entfernteren Descendenten (*a*), die durch lauter Mannspersonen von ihm abstammen, gewöhnlich zustehen. Sie hat, besonders nach älterem Rechte, einen großen Theil

der Wirkungen, welche die Gewalt des Herrn über seinen Sclaven, domini potestas (*b*), erzeugt (§. 555 ff.). Aber von jeher unterschied sie sich von dieser Gewalt in folgenden Punkten: 1. Sie gehört nicht zu den Rechtsverhältnissen des ius gentium, sondern zu denen des ius civile, und darum kann sie nur einem Römischen Bürger zustehen (*c*), und es können nur Personen, die das Römische Bürgerrecht haben, darin stehen (*d*). 2. Nur eine Mannsperson kann sie haben (*e*), keine Frauensperson und keine juristische Person. 3. Die väterliche Gewalt über eine Person kann nur einer Person zustehen (*f*). 4. Derjenige, welcher nur in der väterlichen Gewalt steht (der filiusfamilias und die filiafamilias) ist auch nach dem ältesten Rechte nicht ganz rechtlos; namentlich hat er dieselben politischen Rechte und Pflichten, wie wenn er sui iuris wäre (*g*). 5. Sie wird auf andere Weise erworben (§. 545 ff.) und geht auf andere Weise verloren (§. 562 ff.), als die domini potestas; namentlich hat auch der Tod, sowie die maxima und media capitis diminutio ihres Inhabers auf das Schicksal derselben einen andern Einfluß (§. 561), als auf das der domini potestas.

(*) Gajus I. §. 55 seqq. — Ulp. tit. 5. — Inst. 1. 9. — Dig. 1. 6. — Cod. 8. 47. — Donelli comm. iur. civ. Lib. 2. cap. 20—27. — Heineccii antiquit. Rom. Lib. 1. tit. 9. § 3—10. — Ge. Christ. Gebauer Diss. I. et II. de patria potestate. Gött. 1750. 1751. et in eiusd. exercit. acad. T. 1. p. 123. — Ge. Wilh. ab Osten de Bruyn Diss. ad tit. J. de patria potestate. Harlem. 1751. — A. Perrenot de patria potestate apud Romanos nunquam legibus soluta. Gröning 1775. — Chr. Aug. Günther de patria potestate ex iure dominii non repet. Lips. 1786. — F. C. Jensen de patria potestate. Suerin. et Bützov. 1784. — C. W. Robert kl. jur. Abh. S. 19. — Glück Comm. Th. 2. §. 132 ff. — Gans Scholien zu Gajus S. 85. — Zimmern Röm. RG. B. 1. §. 179 ff. — C. de Quertemont Diss. de patria poestate ex iure Romano. Lugd. Bat. 1816. — E. E. Hassold synopsis variar. immutationum et ambitus et acquisitionis solutionisqne patriae Romanor. potestatis. Onoldi 1833. — v. Schröter in s. und Linde's Zeitschr. B. 14. Nr. 6. — Heimbach im Rechtslex. B. 12. S. 1 ff.

(*a*) Ueber diese wegen der im §. 546. Note c. und im §. 511, 1. angegebenen Rechtssätze.

(*b*) Ueber diese s. oben §. 119—121.

(*c*) Gaj. I. §. 52. 55. — Ulp. X. §. 3. — §. 2. J. 1. 9. — §. 1. 2. J. 1. 12.

(*d*) Gaj. I. §. 128. — Ulp. l. c. — §. 1. 2. J. 1. 12.

(*e*) Gaj. I. §. 104. — §. 10. J. 1. 11.

(*f*) Dagegen die domini potestas kann in Folge eines Miteigenthums oder des Ususfructes u. s. w. Mehreren zustehen.

(*g*) fr. 9. D. 1. 6. — fr. 3. D. 1. 7. — fr. 13. §. 5. fr. 14. pr. D. 36. 1.

§. 545.

Erwerbung derselben überhaupt.

Die väterliche Gewalt wird nach Justinianeischem Rechte erworben: 1. auf natürlichem Wege durch die Erzeugung der Kinder in rechter Ehe, 2. auf bürgerlichem Wege durch Adoption und durch die s. g. Legitimation (*a*).

(*a*) Mit der letzteren, welche erst unter den christlichen Kaisern aufkam, hatte die, durch die lex Aelia Sentia und ein Senatusconsult aufgekommene, aber durch die Abschaffung der latina und dedititia libertas unter Justinian (§. 120 lit. B. nro. 2 ff.) hinweggefallene, *causae probatio* Aehnlichkeit. S. unten §. 554, Note **.

§. 546.

I. Erwerbung der väterlichen Gewalt durch Erzeugung der Kinder in rechter Ehe.

Die väterliche Gewalt wird erworben durch Erzeugung der Kinder in rechter Ehe (*a*). Dazu ist aber erforderlich, daß der Ehemann zur Zeit der Erzeugung sui iuris sei (*b*). Denn ist er selbst noch filiusfamilias, so erwirbt nicht er die väterliche Gewalt über seine in der Ehe erzeugten Kinder, sondern derjenige, in dessen Gewalt er sich selbst befindet (*c*). Doch fällt sie ihm beim Tode des letztern, sowie, wenn derselbe eine maxima oder media capitis diminutio erleidet, von Rechtswegen zu, vorausgesetzt, daß er selbst erst durch dieses Ereigniß sui iuris wird (*d*).

(*a*) Gaj. I. §. 55 seq. — Ulp. tit. 5. — pr. J. 1. 9. — fr. 3. D. 1. 6. — Donelli comm. iur. civ. Lib. 2. c. 20. — Hasse Güterrecht der Ehegatten §. 17. 29. — Zimmern RG. B. 1. §. 219.

(*b*) §. 9. J. 1. 12. — §. 4. J. 1. 13. Vergl. §. 544.

(*c*) fr. 21. D. 48. 5. — §. 3. J. 1. 9. — fr. 4. 5. D. 1. 6.

(*d*) pr. J. 1. 12. — fr. 5. D. 1. 6. — Vergl. §. 562. Note *c*.

§. 547.

II. Erwerbung der väterlichen Gewalt durch Adoption. A. Begriff und Arten.

Adoption ist diejenige Rechtshandlung, wodurch unter öffentlicher Auctorität eine Person an Kindes oder Enkels Statt angenommen wird, die sich bisher nicht in der väterlichen Gewalt desjenigen, der sie annimmt, befand, oder aufgehört hatte, in derselben zu sein (*a*). Sie ist entweder arrogatio, wenn ein homo sui iuris adoptirt wird, oder datio in adoptionem, wenn ein filiusfamilias von demjenigen, der ihn in seiner Gewalt hat, einem Andern in Adoption gegeben wird (*b*).

(*a*) Inst. 1. 11. — Dig. 1. 7. — Cod. 8. 48. — Gajus I. §. 97—107. — Ulp. tit. 8. — Donelli comm. iur. civ. Lib. 2. c. 22. 23. — Glück Comm. Th. 2. §. 148. — Zimmern RG. B. 1. §. 220—222. — Chr. Wilh. Schmitt die Lehre von der Adoption. Jena 1825. — Sintenis prakt. Civilr. B. 3. §. 139. — Schönberg de adoptione, qualis apudRomanos fuerit. Berol. 1860.

(*b*) fr. 1. D. 1. 7. Unterschied zwischen Adoptivkind und Pflegekind (alumnus). fr. 132. pr. D. 45. 1. — Ueber die im Corpus iuris nicht erwähnte s. g. adoptio per testamentum vergl. man: Cicero in Bruto c. 58. — Suetonius in Caesare c. 83. in Augusto. c. 102. in Tiberio c. 6. in Galba c. 17. — Tac. Annal. I. 8. — Appian. de bell. civ. III. 14. 94. — Dio Cass. XLV. 5. XLVI. 47. — Cuiac. observ. VII. 7. — Dirksen Versuche zur Kritik und Auslegung der Quellen des R. Rechts S. 73. — Puggé im Rhein. Museum für Jurispr. Jahrg. 1. H. 3. Nr. 9. — Zimmern RG. B. 1. §. 223. — Bachofen ausgewählte Lehren des Röm. Civilr. Nr. 8. S. 228 ff. — Sie kommt nur in Verbindung mit einer Einsetzung des Adoptirten zum Erben vor und drückt den Willen des Testators aus, daß derselbe seinen Namen wie ein Sohn annehmen solle. Cäsar und die ersten Imperatoren bezeichneten durch sie die Person, die sie zu ihrem Regierungsnachfolger wünschten. Ob ihr rechtliche Wirkungen zukamen und ob namentlich der so Bezeichnete durch eine lex curiata in gewisse Familienverhältnisse des Verstorbenen einzutreten berechtigt war, ist streitig. Dagegen namentlich: Dirksen und Bachofen a. a. O., ferner Rein Privatr. S. 480 und jetzt auch Walter RG. B. 2. §. 543. Vergl. auch Vering R. Erbr. S. 150 ff.

§. 548.

B. Allgemeine Erfordernisse.

Allgemeine Erfordernisse beider Arten der Adoption sind: 1. Fähigkeit der Person, welche adoptiren will. Unfähig sind (*): a) die Castraten, nicht auch die Spadonen (*a*). b) Jeder, der nicht wenigstens achtzehn Jahre älter ist, als derjenige, welchen er adoptiren will (*b*). c) Man kann Niemanden von Anfang an nur auf eine Zeit lang adoptiren (*c*), wohl aber kann man den Adoptirten nachher wieder emancipiren, alsdann aber nicht zum zweiten Male adoptiren (*d*). Hat indeß ein Vater sein eigenes Kind emancipirt, so kann er es nachher wieder adoptiren (*e*). d) Frauenspersonen können nicht adoptiren, weil sie keine väterliche Gewalt haben können; doch kann es ihnen der Regent zum Troste für ihre verlorenen eigenen Kinder erlauben; väterliche Gewalt erwerben sie aber auch dann nicht (*f*). 2. Da die Adoption ein Mittel zur Erwerbung der väterlichen Gewalt sein soll, so kann man Jemanden zwar nicht blos als Sohn oder Tochter, sondern auch als Enkel oder Enkelin (*g*), aber nicht als Seitenverwandten, namentlich auch nicht als Bruder (*h*), adoptiren.

(*) Der Satz: adoptio imitatur naturam (§. 4. J. 1. 11. — fr. 16. D. 1. 7. — fr. 23. D. 28. 2.), aus welchem sich einzelne Vorschriften erklären, ist nicht durchgeführt und kann nicht als ein Princip gelten, aus welchem weitere Folgerungen zu ziehen sind.

(*a*) §. 9. J. 1. 11. und Theophilus ad h. §. — fr. 2. §. 1. fr. 40. §. 2. D. 1. 7. — fr. 6. D. 28. 2. — Gajus I. §. 103. — Ulp. VIII. §. 6. — Marezoll in Löhr's Mag. B. 4. (2.) S. 382.

(*b*) §. 4. J. ibid. — fr. 40. §. 1. D. 1. 7. — Ehedem war es bestritten, ob der Adoptant älter sein müsse. — Gajus I. §. 106.

(*c*) fr. 34. D. ibid.

(*d*) fr. 37. §. 1. D. ibid.

(*e*) fr. 12. D. ibid.

(*f*) §. 10. J. 1. 11 und Theophilus ad h. 1. — const. 5. C. 8. 48. — Gajus I. §. 104. — Ulp. VIII. §. 8 a.

(*g*) §. 7. J. 1. 11. — fr. 6. fr. 37. pr. D. 1. 7. Soll Jemand als Enkel oder Enkelin von einem bestimmten Sohne adoptirt werden, so muß dieser consentiren, während es auf den Consens der übrigen Agnaten nicht ankommt. §. 7. J. cit. — fr. 6. D. cit. — fr. 7. eod.

(*h*) const. 7. C. 6. 24. A. M. ist Thibaut Pand. R. §. 381. (488.) S. aber: v. Vangerow §. 248. — v. Madai in s. Ausg. des Mühlenbruch'schen Lehrbuches §. 551, Note 2.

§. 549.

C. Besondere Erfordernisse. 1. Der Arrogation.

Besondere Erfordernisse der Arrogation sind: 1. Die ausdrückliche Zustimmung des Arrogators und desjenigen, der arrogirt werden soll (*a*). 2. Die Bestätigung der Arrogation durch den Regenten (*b*). 3. Eine vorausgegangene obrigkeitliche causae cognitio (*bb*). Dabei gelten besonders folgende Regeln: a) Wer bereits leibliche oder adoptirte Kinder in seiner Gewalt hat, darf in der Regel kein Kind mehr arrogiren. b) Es dürfen in der Regel nicht mehrere Kinder arrogirt werden (*c*). c) Der Arrogirende muß bereits ein Alter von sechszig Jahren erreicht oder aus anderen Gründen keine Hoffnung mehr auf leibliche Kinder haben, es wäre denn, daß er eine nahe verwandte Person arrogiren wollte (*d*). d) Die Arrogation soll nicht ex turpi causa geschehen; namentlich soll der Vormund seinen Mündel nicht arrogiren dürfen, um der

Rechnungsstellung zu entgehen, und der Arme in der Regel keinen Reichen (*e*). 4. Ist der zu Arrogirende ein Unmündiger (*f*), so gelten folgende besondere Regeln: a) Es kommt auf die Einwilligung seiner nächsten Verwandten und seiner Vormünder an; b) der Arrogator muß durch Bürgschaft Caution (satisdatio) bestellen, daß er, im Fall der Unmündige vor erlangter Mündigkeit versterben sollte, das Vermögen desselben an die nächsten Verwandten oder den vom Vater ernannten Pupillarsubstituten herausgeben wolle. c) Emancipirt der Arrogator den Unmündigen, oder enterbt er ihn ohne gerechte Ursache, so muß er ihm nicht allein sein ganzes eingebrachtes und in der Zwischenzeit erworbenes Vermögen herausgeben, sondern ihm auch den vierten Theil seines eigenen Vermögens bei seinem Tode hinterlassen, welchen man von seinem Urheber die quarta Divi Pii nennt (*g*). d) Der arrogirte Unmündige behält das Recht, nach erlangter Mündigkeit seine Emancipation zu verlangen, wenn es sich nach vorgängiger Untersuchung findet, daß sie ihm nützlich ist (*h*).

(*a*) fr. 2. pr. D. 1. 7. S. auch §. 548 Note *g*.

(*b*) fr. 2. pr. cit. — §. 1. J. 1. 11. — const. 6. C. 8. 48. Dieses kam unter den heidnischen Kaisern nach und nach auf. Früher erfolgte die Bestätigung per populum durch eine lex curiata nach vorausgeganger Untersuchung der Sache durch die pontifices. Von den dabei an den Arrogator, an den zu Arrogirenden und an den populus zu stellenden Fragen kam der Name arrogatio. Nachdem aber die Curiatcomitien eine leere Formalität geworden waren (§. 24 c.), lag hier offenbar Alles in den Händen der pontifices. Gell. l. c. — Tac. hist. I. 5. — Gajus I. §. 99. — Ulp. tit 8. — Hugo RG. S. 150. — v. Savigny in der Zeitschr. für gesch. RW. B. 2. S. 402, auch in s. verm. Schriften B. 1. S. 197.

(*bb*) Bei der datio in adoptionem ist dieselbe nicht vorgeschrieben. v. Buchholtz Abh. S. 216 ff. — v. Vangerow §. 249. Anm. 1. — Sintenis a. a. O. Note 24. — Arndts §. 424 Anm. 1.

(*c*) fr. 17. §. 3. D. 1. 7.

(*d*) fr. 17. cit. §. 2.

(*e*) fr. 17. cit. pr. §. 7.

(*f*) Früher konnten Unmündige und Frauen nicht arrogirt werden, theils weil sie nicht in die Comitien gehörten, theils weil sie als homines sui iuris unter Tutel standen. Gell. V. 19. — Gaj. I. §. 101. 102. — Ulp. VIII. §. 5. — Bei den Frauen änderte sich dieses unter den heidnischen Kaisern allmälig ganz, weil beide Gründe hinwegfielen. fr. 21. D. 1. 7. vergl. mit den angef. Stellen. Die Unmündigen können seit einer epistola von Antoninus Pius an die pontifices unter besonderen Voraussetzungen und mit besonderen Wirkungen arrogirt werden, die der Text näher angibt.

(*g*) §. 3. J. 1. 11. — fr. 17. §. 1. fr. 18. 19. 20. 22. D. 1. 7. — fr. 13. D. 38. 5. — const. 2. C. 8. 48. — Ulp. VIII. § 5. — Gajus I. §. 102. — Majansius de impuberis arrogatione; in eiusd. disput. T. 1. nr. 12. — Francke das Recht der Notherben §. 37. — Sintenis a. a. O. Note 45. — v. Vangerow §. 252.

(*h*) fr. 32. pr. D. 1. 7.

§. 550.

2. Der datio in adoptionem.

Besondere Erfordernisse der datio in adoptionem sind: 1. der Wille des Adoptirenden (*a*); 2. die Zustimmung des bisherigen Inhabers der väterlichen Gewalt über das zu adoptirende Kind. Dieses selbst braucht indeß nicht ausdrücklich einzuwilligen, sondern es ist hinlänglich, wenn es bei der Adoptionshandlung gegenwärtig ist und nicht widerspricht (*b*). 3. Die Adoptionshandlung muß vor dem competenten Richter (*c*) vorgenommen werden und besteht darin,

daß der Wille der Betheiligten erklärt und darüber ein Protokoll aufgenommen wird (*d*).

(*a*) S. auch §. 548 Note *g*.
(*b*) fr. 5. D. 1. 7.
(*c*) Alle drei genannte Personen müssen hier persönlich erscheinen. const. 11. C. 8. 48.— fr. 25. §. 1. D. 1. 7. Für unnöthig erklärt dieses nach dem neuesten Rechte, weil die adoptio keine legis actio mehr sei, v. Buchholtz Abhandl. S. 211. Note 14.
(*d*) Diese einfache Form schreibt erst Justinian vor. — const. 11. C. 8. 48. — §. 1. J. 1. 11. — §. 8. J. 1. 12. — fr. 2. pr. fr. 4. 36. D. 1. 7. — Vorher bestand die Form darin, daß der Sohn durch tres mancipationes et duas intervenientes manumissiones, und andere Kinder durch eine mancipatio von der väterlichen Gewalt frei gemacht und in das mancipium (§ 121. 556) gebracht, dann von dem extraneus, der es nun in mancipio hatte, oder (was gewöhnlicher war), nach vorgängiger remancipatio an den bisherigen Inhaber der väterlichen Gewalt, von diesem, als filiusfamilias dem Adoptivvater in iure cedirt wurde. Die adoptio im engern Sinne ging also damals schon vor und vermittelst der rechtsprechenden Obrigkeit (imperio magistratus) vor sich, und konnte nicht, wie die alte Arrogation, nur in Rom vorkommen. Cic. de finib. I. 7. — Sueton. in Octav. c. 64. — Gell. V. 19. — Gaj. I. §. 98. 100. 101. 132. 134. — Ulp. VIII. §. 3—5. — Huschke Studien I. S. 204 ff. — de Scheurl de modis liberos in adoptionem dandi. Erl. 1850. — Schoenberg l. c. p. 36 seq.

§. 551.

D. Wirkungen: 1. Der Arrogation.

Die Wirkungen der Adoption und zwar A. der Arrogation, bestehen darin: 1. Daß der Arrogator die väterliche Gewalt über den Arrogirten und dessen Kinder, insofern diese bisher noch in der Gewalt des Arrogirten standen, erwirbt (*a*). Eine Folge davon war es im ältern Rechte, daß das Vermögen, welches der Arrogirte zur Zeit der Arrogation besaß, ipso iure auf den Arrogator überging. Im neuern Rechte, und zwar seit dem Aufkommen der dem filiusfamilias eigenthümlich gehörigen Peculien, erlangt aber der Arrogator an dem Vermögen des Arrogirten nur diejenigen Rechte, welche dem leiblichen Vater an dem Vermögen seiner Kinder zustehen (*b*). 2. Der Arrogirte tritt dagegen in alle Rechte eines filiusfamilias ein, er wird Agnat von allen Agnaten des Arrogators und erlangt dadurch ein Intestaterbrecht sowohl in Beziehung auf diesen selbst, als dessen Agnaten (*c*). Mit dem Eintritt in die neue familia ist übrigens der Austritt aus der bisherigen, also eine minima capitis deminutio, verbunden (*d*).

(*a*) fr. 2. §. 2. fr. 15. pr. fr. 40. pr. D. 1. 7. — fr. 3. pr. D. 4. 5. — Ulp. VIII. 8. — Gajus I. 107.
(*b*) Gajus III. §. 82 seqq. — §. 6. J. 2. 9. — Inst. 3. 10. (11.)
(*c*) fr. 23. D. 1. 7. — §. 2. J. 1. 11. — §. 2. 14. J. 3. 1. — const. 10. pr. §. 5. C. 8. 48. S. unten §. 616. Theilweise a. M. Sintenis Civilr. §. 139 Note 35—37. S. aber Arndts im Rechtslex. B. 5. S. 686.
(*d*) Gajus I. §. 162. — fr. 3. pr. D. 4. 5.

§. 552.

2. Der datio in adoptionem.

B. Die datio in adoptionem hatte nach älterem Rechte dieselben Wirkungen, wie die Arrogation. Der Adoptirte erlitt eine minima capitis deminutio, indem er aus der Gewalt, in welcher er bisher gestanden, und aus der Familie, zu welcher er bisher gehörte, heraustrat (*a*). Er kam dagegen in die Gewalt und damit in die Familie des Adoptivvaters (*b*), d. h. er wurde

Agnat von allen Agnaten des Letztern (*c*). Justinian hat dagegen in einer neuern Verordnung (*d*) Folgendes festgesetzt: 1. Gibt ein Vater seinen leiblichen Sohn oder seine leibliche Tochter in Adoption, so sollen die alten Wirkungen nur dann eintreten, wenn der Adoptivvater ein leiblicher Ascendent des Kindes ist (s. g. adoptio plena); sollte er dieses nicht sein, so soll das Kind in der Gewalt und der Familie seines leiblichen Vaters bleiben, der Adoptivvater soll gar keine Rechte über das Kind erlangen, und nur wenn er während der Dauer der Adoption stirbt, soll dem Kinde ein Intestaterbrecht, wie einem suus, zustehen (s. g. adoptio minus plena) (*e*). 2. Gibt ein Großvater seine leiblichen Enkel in Adoption, so soll es darauf ankommen: a) ob die Enkel zur Zeit des Todes ihres leiblichen Großvaters, abgesehen von der Adoption, in der Lage sein würden, ihn ab intestato zu beerben, dann solle ganz dasselbe gelten, wie bei den in Adoption gegebenen Söhnen und Töchtern (*f*); b) oder ob sie nicht in dieser Lage sein würden, dann solle es wieder ganz bei'm ältern Rechte bleiben (*g*).

(*a*) pr. J. 1. 11. — fr. 1. pr. D. 1. 7. — §. 13. J. 3. 1.

(*b*) fr. 4. §. 10. D. 38. 10. — Seine zur Zeit der Adoption schon erzeugten Kinder kamen jedoch nicht, wie bei der Arrogation, in die Gewalt des Adoptivvaters, wohl aber die erst nach der Adoption erzeugten. fr. 2. §. 2. fr. 40. pr. D. 1. 7. — fr. 26. 27. D. ibid. Daß es dabei auf den Zeitpunkt der Erzeugung und nicht der Geburt ankomme, folgt aus §. 9. J. 1. 12.

(*c*) §. 2. J. 3. 2. — fr. 4. §. 10. fr. 5. D. 38. 10. — fr. 23. D. 1. 7.

(*d*) const. 10. C. 8. 48. S. darüber besonders v. Löhr in s. Mag. B. 3. (1.) S. 386. A. M. ist Schmitt von der Adoption §. 48—54.

(*e*) const. cit. pr. §. 1—3. Wohl zu bemerken ist, daß diese ganze Constitution nur von dem Falle redet, wenn ein leiblicher Vater oder Großvater seine Descendenten in Adoption gibt. Wenn also Jemand sein adoptirtes Kind einem Andern in Adoption gibt, so bleibt es ganz bei'm ältern Rechte, der neue Adoptivvater mag sein, wer er will. v. Löhr a. a O. S. 391 ff. Note 3. — v. Vangerow §. 250 Anm. 1. — Sintenis a. a. O. Note 20 Nr. 3.

(*f*) const. cit. §. 4. So daß also in diesem Falle die väterliche Gewalt nur dann auf den Adoptivvater übergeht, wenn dieser ein leiblicher Ascendent des in Adoption gegebenen Enkels ist, nicht auch, wenn er extraneus ist. In dem letzten Falle verwandelt sich die s. g. ad. plena in eine minus plena, während in dem folgenden Falle keine Verwandlung Statt findet. v. Löhr a. a. O. A. M. Thibaut Syst. §. 381 Note c. (9. Aufl. §. 776 Note i.) S. aber: Lang im Arch. f. civ. Pr. B. 21. S. 430 ff. — v. Vangerow a. a. O.

(*g*) In diesem Falle erwirbt also der Adoptivvater immer die väterliche Gewalt, er mag Ascendent oder extraneus sein. const. cit. §. 4. — „Si enim patres eos antecedant — maneant omnia iura adoptiva ei intacta."

§. 553.

3. Der Adoption von einer Frauensperson.

C. Die von einer Frauensperson vorgenommene Adoption begründet nie väterliche Gewalt (§. 548.), sondern hat immer nur die Wirkung, daß das adoptirte Kind in Beziehung auf Alimentation, Intestaterbrecht und Pflichttheil als leibliches Kind seiner Adoptivmutter angesehen wird (*a*).

(*a*) const. 5. C. 8. 48. Vergl. unten §. 616. 655.

§. 554.

III. Erwerbung der väterlichen Gewalt durch Legitimation.

Uneheliche Kinder stehen nicht von Rechtswegen in der Gewalt ihres Vaters, sie können derselben aber durch die s. g. Legitimation (*) unterworfen wer-

den (**). Hierunter versteht man diejenige bürgerliche Rechtshandlung, wodurch uneheliche Kinder den ehelichen in Beziehung auf väterliche Gewalt, Verwandtschaft und Erbrecht ganz oder zum Theil gleich gestellt werden (*a*). Nach dem Römischen Rechte konnten indeß nur Concubinenkinder (liberi naturales) (*aa*) legitimirt werden, und es gab drei Arten der Legitimation: A. die s. g. legitimatio per subsequens matrimonium, welche darin bestand, daß Jemand mit seiner bisherigen Concubine, mit der er im Concubinate Kinder erzeugt hatte, eine wirkliche Ehe einging und dabei schriftliche Eheverträge (instrumenta dotalia) errichtete (*b*). B. Die s. g. legitimatio per oblationem curiae, welche dann eintrat, wenn der Vater seinen filius naturalis zum Decurio bestimmte, oder seine filia naturalis an einen Decurio verheirathete (*c*). C. Die s. g. legitimatio per rescriptum principis, wenn der Regent auf Nachsuchen des Vaters die natürlichen Kinder desselben durch ein Rescript für legitim erklärte. Diese letztere fand aber überhaupt nur dann Statt, wenn der Vater eine Ehe mit der Mutter nicht eingehen konnte oder aus guten Gründen nicht wollte, und keine ehelichen Kinder vorhanden waren (*d*) (*e*). Die Legitimation mochte nun durch nachfolgende Ehe oder durch kaiserliches Rescript (*f*) erfolgen, so hatte sie alle Wirkungen der Arrogation und außerdem noch die, daß das legitimirte Kind zu dem Vater und zu allen Angehörigen desselben, auch zu seinen bloßen Cognaten, ganz in das nämliche Verhältniß trat, als wenn es ein eheliches Kind desselben wäre. Wegen der Wirkungen der Legitimation konnte sie denn auch nur mit Einwilligung des zu legitimirenden Kindes erfolgen (*g*).

(*) Donelli comm. iur. civ. Lib. 2. c. 21. — Ge. Jordens de legitimatione Diss. I. II. Traj. ad Rhen. 1742. 43. et in Fellenberg iurispr. antiqua Tom. 2. pag. 325. — Dav. de Piera Diss. de legitimatione sec. princ. iur. Rom. Lugd. Bat. 1823. — Thibaut Versuche B. 1. nr. 10. — Zimmern RG. B. 1. §. 219. — Heimbach im Rechtslex. B. 12. S. 17 ff.

(**) Ueber die ehemalige causae probatio, wodurch man unter Anderem auch die patria potestas erwarb (§. 545, Note *a*.), ist zu bemerken: Nach der lex Aelia Sentia soll der Freigelassene, dessen Freilassung nicht gilt, weil er noch nicht 30 Jahre alt ist, wenn er mit einer Röm. Bürgerin oder mit einer latina coloniaria oder mit einem Weibe, welches in demselben Verhältniß steht, wie er, vor sieben Röm. Bürgern eine Verbindung „liberorum quaerendorum causa" eingeht, dann mit ihr ein Kind zeugt, welches ein Jahr alt (anniculus) wird, und Alles dieses vor dem Prätor, oder als Provinciale vor dem Statthalter nachweist, mit Frau und Kind (wenn diese es nicht schon sind) frei und Römischer Bürger werden und über das Kind die väterliche Gewalt erlangen. Die lex Junia Norbana bezeichnet diese causae probatio, wie es scheint, als ein Mittel, wodurch ein Freigelassener, der, weil er zur Zeit der Freilassung noch nicht 30 Jahre alt war, nur latinus Iunianus ist, mit Frau und Kind das ius Quiritium und über das Kind die väterliche Gewalt erlangen kann; und das SCtum Persicianum dehnt es auf alle latini Iuniani aus. — Neben dieser causae probatio, die man *liberorum causae probatio* nennen kann, kam durch ein Senatusconsult nach der lex Aelia Sentia und vor Hadrian eine andere auf, die man *erroris causae probatio* nennen kann. Diese hatte dieselbe Wirkung, wie jene, war aber nicht auf latini beschränkt. Die Fälle, in welchen sie zulässig war, hatten das Gemeinschaftliche, daß eine Ehe zwischen zwei Personen, die nicht beide Römische Bürger waren, im Irrthum über ihren Zustand faktisch eingegangen und daß darin ein Kind erzeugt worden war. Ein Fall war der, wenn einer der beiden Ehegatten das Römische Bürgerrecht hatte und aus Irrthum meinte, der andere habe es auch. Ein zweiter Fall war der, wenn der Mann latinus Iunianus und die Frau wenigstens auch latina war, die Ehe aber nicht vor sieben Bürgern eingegangen worden ist, weil sie über ihren Stand eine irrige Meinung hatten, in Folge deren sie eine solche Förmlichkeit für unnöthig oder für unwirksam hielten. Der dritte Fall endlich war der, wenn die Erklärung vor sieben Bürgern vorgenommen wurde, in der Meinung, beide Theile seien in dem Zustande, in welchem diese Erklärung Wirkung

haben kann, und ein Theil war in einem andern Zustande, nicht aber beide Theile. In dem ersten dieser drei Fälle kam es entschieden nicht darauf an, daß das Kind ein Jahr alt war; ob es in den beiden letzten Fällen darauf ankam oder nicht, darüber haben wir keine Nachricht. Die Wirkung der erroris c. probatio war etwas modificirt, wenn der eine Ehegatte dedititiorum numero war. Alsdann blieb nämlich dieser Ehegatte für seine Person in diesem Verhältniß, und wenn es der Mann war, so konnte er natürlich auch nicht die patria potestas haben; der andere Theil und die Kinder wurden aber deshalb nicht zurückgesetzt. — In das Corpus iuris sind keine Stellen über die eine oder die andere causae probatio aufgenommen. — S. darüber Gaj. I. §. 29—32. 65—88. II. §. 142. 143. III. §. 5. 73. — Ulp. III. §. 1. 3. — Coll. XVI. 2. §. 5. — A. Bethmann-Hollweg de causae probat. Berol. 1820. — E. Gans Scholien S. 108 ff. — Zimmern RG. B. 1. S. 779 ff.

(*a*) Zum Theil erfolgt nämlich diese Gleichstellung bei der s. g. legitimatio per testamentum (s. unten Note *d.*) und bei der legitimatio per oblationem curiae (s. unten Note *c.*).

(*aa*) A. M. Reitz ad Theophil. 1. 10. §. 13. (Vol. 1. p. 106 seqq. not. *k.*) — C. Witte das preuß. Intestaterbr. S. 16 ff. — S. aber R. Schneider in Linde's Zeitschr. B. 12. S. 326 ff. — Nach Canonischem Rechte können jetzt allerdings auch andere uneheliche Kinder legitimirt werden. c. 1. 13. X. 4. 17. S. übrigens auch Note *b.*

(*b*) Constantin führte sie zur Milderung seiner strengen Vorschrift gegen die Concubinenkinder für den Fall ein, wenn Leute, die zur Zeit der Publication derselben mit einander im Concubinat lebten, innerhalb einer vorgeschriebenen Frist eine Ehe mit einander eingingen. Eine ähnliche transitorische Verfügung erließ Zeno. const. 5. C. 5. 27. Anastas führte diese legitimatio als ein dauerndes Institut ein. const. 6. ibid. Justinus hob diese Verordnung wieder auf. const. 7. ibid. Justinian aber erneuerte sie und erließ eine Reihe specieller Verfügungen über diesen Gegenstand. const. 10 seqq. ibid. — §. 13. J. 1. 10. — Nov. 12. c. 4. Nov. 18. c. ult. Nov. 78. c. 3. Nov. 89. c. 8. — S. oben §. 530, Note *e* und über §. 13. J. cit. (Schweikart) Blicke auf die jur. Praxis S. 156. — v. Vangerow §. 255. Anm. 3 und die dort Angeführten. — Heut zu Tage kommt es hier auf instrumenta dotalia nicht mehr an. Streitig ist es, ob auch die im Ehebruche erzeugten Kinder nach Canonischem Rechte durch die nachfolgende Ehe ihrer Eltern, wenn diese nur überhaupt möglich ist (§. 511, not. *b*) legitimirt werden? Die deutschen Rechtsbücher sind dagegen (Sächs. Landr. B. 1. art. 37. Schwäb. Landr. cap. 415. §. 1); jetzt ist die gemeine Meinung dafür. — J. H. Boehmer Ius eccl. Prot. Lib. 4. tit. 17. §. 20 seq. — Verneint wird die Frage auch jetzt noch, besonders wegen cap. 6. X. 4. 17., von Schrader Abhandl. aus dem Civilrechte B. 1. nr. 1. Dagegen ist die gemeine Meinung wieder in Schutz genommen von Ferd. Car. Schweikart Diss. de matrimonii vi in liberis adulterinis legitimandis non deficiente. Regiom. 1823. und besonders von C. F. Dieck Beiträge zur Lehre von der Legitimation durch nachfolgende Ehe. Halle 1832. S. 141. S. auch v. Vangerow §. 255 Anm. 2 u. vgl. Heimbach a. a. O. S. 22 ff. Daß adulterini durch Rescript legitimirt werden können, unterliegt nach cap. 13. X. 4. 17. keinem Zweifel.

(*c*) Vergl. §. 49 b. Note *w.* u. *x.* Theodos II. und Valentinian III. erlauben Demjenigen, der keine legitimen Kinder hat, sein Concubinenkind, mit welchem er dieses vornimmt, in seinem Testamente unbeschränkt zum Erben einzusetzen. const. 3. C. 5. 27. Leo ruft das Kind in diesem Falle auch zur Intestatsuccession in das Vermögen des Vaters, wie wenn es ein eheliches Kind wäre. const. 4. ibid. Justinian wiederholt beides und dehnt es auf den Fall aus, wenn der Vater legitime Kinder aus einer früheren Ehe hat; andere Successionsrechte sollen aber auf diese Weise nicht begründet werden. const. 9. ibid. Weiter gehen auch die Novellen nicht, nämlich Nov. 38. Nov. 89. c. 2 seqq. Vergl. §. 13. J. 1. 10. Vergl.: Reitz ad Theophilum exc. 15. Tom. 2. p. 1205. — Griesinger Geschichte und neue Theorie der Suität §. 64.

(*d*) Justinian führt sie erst ein in der Nov. 74. c. 1. — Nov. 89. c. 9. — G. L. Böhmer auserlesene Rechtsfälle Th. 2. nr. 128. Eine besondere Art der legitimatio per rescriptum ist die legitimatio per testamentum. Wenn nämlich der Vater stirbt, ohne um ein Legitimationsrescript nachgesucht zu haben, aber ein Testament hinterläßt, worin er sein natürliches Kind zum Erben ernennt und zur Auswirkung eines solchen Rescriptes ermächtigt, und das Kind die ihm deferirte Erbschaft annimmt, so

kann es durch Einholung eines Rescriptes sich ganz in die Lage eines legitimen Kindes versetzen. Nov. 74. c. 2. — Nov. 89. c. 10. Daß dem Vater selbst die Einholung eines Rescriptes nicht möglich gewesen sei, namentlich auch nicht mehr nach Errichtung des Testamentes, und daß dieses schriftlich errichtet sei, verlangt Marezoll in s. u. Linde's Zeitschr. B. 1. S. 78, welcher zugleich annimmt, die dem natürlichen Kinde hier zugedachte Erbfolge werde ihm als Intestaterbfolge erst durch das ausgewirkte Rescript deferirt. Dagegen: v. Vangerow §. 256. Anm. 1.

(*e*) Viele nehmen nach Nov. 117. c. 2 noch eine vierte Art der Legitimation an, nämlich die legitimatio per nominationem filii. Allein in jener Novelle ist von gar keiner Legitimation, sondern von dem Beweise der Legitimität der Kinder die Rede. Jordens l. c. Diss. I. c. 5. §. 1. 2. S. darüber oben §. 539. Note *ee*.

(*f*) Die s. g. legitimatio per obl. curiae hatte weniger Wirkungen; s. Note *c*. Diese Art der Legitimation ist bei uns nicht recipirt. Dagegen kommt im Deutschen Rechte neben den beiden Arten der vollkommenen Legitimation noch eine besondere, dem Römischen Rechte ganz fremde Art der Legitimation vor, deren Zweck und Wirkung blos darin besteht, daß die auf den unehelichen Kindern nach deutschen Rechten haftende Anrüchigkeit (Flecken der Geburt, die deutsche levis nota), weshalb sie unfähig sind, in Gilden und Zünfte aufgenommen zu werden, aufgehoben wird, ohne daß das Kind dadurch in Beziehung auf seinen Vater die Rechte und Pflichten eines ehelichen Kindes erlangt. Man nennt sie auch wohl die legitimatio minus plena s. germanica. Sie erfolgt immer durch ein Rescript, welches das Kind selbst, oder die Mutter desselben, auch ohne Einwilligung des Vaters, auswirken kann. Runde deutsch. PR. §. 619. — Eichhorn Einl. in das deutsche PR. §. 89. — Mittermaier deutsch. PR. §. 60. — Ueber die heutige Legitimation überhaupt s.: Thomasius de usu practico doctrinae Institutionum de legitimatione; in eiusd. Diss. acad. T. 3. nr. 103. — E. L. A. Eisenhart de legitimatione liber. illegit. praes. sec. ius Germanicum. Helmst. 1786. — Ueber die heutige leg. per rescriptum principis in dem Falle, wenn legitime Kinder vorhanden sind, oder eine Ehe mit der Mutter möglich wäre, s.: Pfeiffer verm. Aufsätze S. 246. — Glück Intestaterbf. 2te Ausg. S. 531. — v. Vangerow §. 256. Anm. 1.

(*g*) fr. 11. D. 1. 6. Besonders Nov. 89. c. 11. pr. §. 1. Viele behaupten, dieser Satz sei heut zu Tage nicht anwendbar wegen cap. 6. X. 4. 17. Allein man sehe: v. Buchholtz jur. Abh. Nr. 18.

Drittes Kapitel.

Von den Wirkungen der väterlichen Gewalt.

§. 555.

Wirkungen im Allgemeinen.

Die väterliche Gewalt hatte nach dem ältern Römischen Rechte in vielen Beziehungen gleiche Wirkungen wie die Gewalt des Herrn über den Sclaven. 1. Die persönliche Abhängigkeit des Hauskindes von dem Vater ging sehr weit. S. §. 556. 2. Das Vermögen, welches durch das Hauskind erworben wurde, gehörte ebenso dem Vater, wie dasjenige, welches durch den Sclaven erworben wurde, dem Herrn gehörte (*a*). Damit hing es zusammen, daß 3. zwischen dem Hauskinde und dem Vater, sowie zwischen mehreren Hauskindern, die in derselben väterlichen Gewalt standen, manche Verhältnisse unmöglich waren, die ohne die väterliche Gewalt hätten Statt finden können. S. unten §. 561. Endlich konnte 4. das ius über einen dritten freien Menschen zwar durch einen Haussohn erworben werden (*b*), was durch einen Sclaven nicht geschehen konnte, aber zunächst nicht für den Haussohn, durch welchen es erworben wurde, indem dieser, weil er selbst alieno iuri subiectus war, nicht einen Andern in seinem ius haben konnte, sondern nur für den Vater (*c*). —

Im Laufe der Zeit traten aber in den drei ersten Beziehungen in Folge der milderen Sitten bedeutende Aenderungen ein, und nur die Regel unter 4. blieb, soweit sie die Erwerbung der väterlichen Gewalt betrifft (*d*), unverändert bestehen (§. 546.). Von den drei ersten Punkten ist nun noch näher zu handeln.

(*a*) Gaj. II. §. 86—96. III. §. 163. — Ulp. XIX. §. 18. — Inst. II. 9. III. 28. (29.) — Daher erwarb auch der Arrogator durch die Arrogation das gesammte Vermögen des Arrogirten. S. oben §. 551.

(*b*) Nämlich die patria potestas durch ehelige Zeugung (§. 546.) und das ius über die Frau in manu (Gaj. II. §. 159. III. §. 3. — Ulp. XXII. §. 14.) durch usus und vielleicht durch confarreatio. Adoptiren konnte nur der homo sui iuris und offenbar konnte auch nur dieser eine coëmtio vornehmen oder einen freien Menschen sich mancipiren lassen, so daß er in das mancipium kam.

(*c*) Uebrigens sagte man von der Frau eines filiusfamilius nicht, sie sei in manu soceri, sondern in manu mariti. Gaj. l. c. Ulp. l. c.

(*d*) Denn die manus kam ja ab. S. oben §. 504 am E. und besonders §. 513 Note *.

§. 556.

Insbesondere: I. Rechte des Vaters in Ansehung der Person der Kinder.

Die Rechte, die dem Vater in Ansehung der Person der Kinder in der ältesten Zeit zustanden, hörten theils im Laufe der Zeit ganz auf, theils wurden sie mehr oder weniger modificirt, theils bestehen sie auch noch nach Justinianeischem Rechte unverändert fort. A. Ganz ist hinweggefallen: 1. das Recht über Leben und Tod der Kinder (vitae necisque potestas) (*a*) und überhaupt das Recht der Bestrafung wegen schwerer Vergehen (*b*); 2. das ius noxae dandi (*c*). B. Fast ganz wurde abgeschafft das Recht, die Kinder zu verkaufen, welches nur bei neugeborenen Kindern im Falle der höchsten Noth und Dürftigkeit noch gestattet wurde (*d*). C. Dagegen hat der Vater noch: 1. eine Disciplinargewalt, und kann namentlich a) die Kinder wegen geringerer Vergehen züchtigen (*e*), sowie es b) bei Eingehung eines Verlöbnisses (§. 505, Note *b*.) oder einer Ehe derselben (§. 513. Note *b*.) und bei einer Ehescheidung (*f*) auf seinen Consens ankommt; 2. ein Recht auf die Dienste der Kinder (*g*); 3. die filii vindicatio (*h*) gegen Jeden, der ihm ein Hauskind vorenthält; auch kann er sich des interdicti de liberis exhibendis und des interdicti de liberis ducendis bedienen (*i*); endlich kann er 4. in seinem letzten Willen ihnen a) noch Vormünder bestellen (§. 577.) und b) für den Fall, wenn sie, durch seinen Tod sui iuris geworden, unmündig versterben, testamentarische Erben ernennen (pupillaris substitutio) (§. 669.).

(*a*) Vergl.: Dionys. II. 26. 27. — Cic. pro domo c. 29. — Val. Max. V. 8. 9. — Coll. IV. 8. — fr. 11. in fin. D. 28. 2. — fr. 5. D. 48. 9. — fr. 2. D. 48. 8. — const. un. C. Th. 9. 15. — const. un. C. J. 9. 17. — Klenze in der Zeitschr. für gesch. RW. B. 6. S. 27 ff. — Zimmern §. 181. — v. Schröter in Linde's Zeitschr. B. 14. S. 151 ff.

(*b*) S.: const. 3. C. 8. 47. von Severus Alexander und const. un. C. 9. 15. von Valentinian und Valens. Vergl. die Citate der Note *a* und Senec. de clem. I. 15.

(*c*) Vergl. Gaj. IV. §. 75. 79. — Coll. II. 3. — §. 7. J. 4. 8. — S. auch oben §. 444. Note * und unten Note *d*.

(*d*) Die in früherer Zeit häufig vorgekommene Veräußerung (mancipatio) eines filiusfamilias erfolgte bald des Geldes wegen, bald nur der Form wegen, weil er nämlich in adoptionem gegeben oder emancipirt werden sollte (imaginaria venditio, quae dicis causa fit), bald endlich wegen eines begangenen Delictes (noxae causa). Eine

Veräußerung der ersten Art wurde bereits von Antoninus Caracalla in const. 1. C. 7. 16 und von Diocletian und Maximian in const. 1. C. 4. 43 und const. 6. C. 8. 17 ganz verworfen, von Constantin aber in const. 2. C. 4. 43 auf den angegebenen Fall beschränkt, in welchem der Verkaufte wieder ausgelöst werden kann und an seinem status nichts verlieren soll. Vergl. PAUL. V. 1. §. 1. Die späteren Verfügungen von Theodos I. und Honorius in const. 1. C. Th. 3. 3. und von Valentinian III. in Nov. Valentin. 11. (im Ius Anteiust. Nov. 76.) wurden in Justinian's Codex nicht aufgenommen. Die beiden andern Arten der Veräußerung wurden von Justinian abgeschafft. S. Note *c*, ferner oben § 550. und unten §. 567. — Durch alle drei Arten der Veräußerung eines Hauskindes (die zweite konnte mit gleicher Wirkung auch bei einer in manu befindlichen Frau vorkommen, s. oben §. 533. Note *d*.) kam dasselbe in eine besondere Art von alienum ius, welches *mancipium* hieß (§. 121.). Der Mancipirte war hier, wie jeder alieno iuri subiectus, unfähig, eigenes Vermögen zu haben, und mußte in Fällen der ersten und dritten Art auch sclavische Dienste leisten. In allen drei Fällen sagte man, er sei servi loco. Dabei blieb er ingenuus und Römischer Bürger, konnte aber nur durch manumissio in einer der drei alten Formen aus dem mancipium austreten, ohne daß jedoch die Beschränkungen der lex Aelia Sentia und der lex Furia Caninia dabei eintraten. Die zwölf Tafeln schrieben vor, daß ein verkaufter Sohn von der väterlichen Gewalt erst frei, also durch die manumissio sui iuris, werden soll, wenn er zum dritten Mal verkauft worden ist. Auf Töchter, Enkel u. s. w. bezog man dieses nicht; sie wurden schon durch die erste Manumission sui iuris. Ob es auf den noxae gegebenen Sohn zu beziehen sei, war bestritten. Mit der imaginaria venditio, quae dicis causa fit, war immer die fiducia verbunden. Vergl. oben §. 407 Note *. Es wurde nämlich entweder ausgemacht, der Mancipirte solle manumittirt, oder er solle an den Mancipirenden remancipirt werden (eine dritte Art von fiducia war diejenige, die bei der coëmtio fiduciae causa vorkam, — hier wurde nämlich die Mancipation an einen Dritten ausbedungen). Derjenige, welcher der fiducia wegen manumittirt werden sollte, konnte sich auch censu eigenmächtig manumittiren. Auch der noxae datus, der seine Schuld durch Arbeit abverdient hatte, konnte seine Freilassung verlangen. Das eheliche Kind, welches ein in mancipio Befindlicher erzeugte, kam nicht in das mancipium. War der Erzeuger noch nicht von der potestas seines Vaters frei, so fiel es in diese; sonst kam es bei der Manumission des Erzeugers in dessen potestas, und starb dieser in mancipio, so war es sui iuris. Ueber das mancipium s.: GAJ. I. §. 116–123. 135. 138–141. II. §. 86. 90. 96. 160. III. §. 114. 163.— Gans Scholien S. 151 ff. — Zimmern RG. B. 1. §. 226. — E. BOECKING de mancipii causis. Berol. 1826. — Dessen Instit. B. 1. §. 43 ff. — v. Schröter in s. und Linde's Zeitschr. B. 14. Nr. 6 besonders S. 183 ff. — Walter RG. B. 2. §. 501 u. 508.

(*e*) S. Note *b*.

(*f*) Nov. 22. c. 19.

(*g*) fr. 7. pr. D. 9. 2.

(*h*) Die eigentliche vindicatio, die hier bei dem Verfahren per legis actionem Statt fand und noch bis auf Justinian in der zur adoptio im engern Sinne erforderlich gewesenen in iure cessio enthalten war, sowie die petitoria formula, enthielt hier die Behauptung: hunc hominem *filium* meum esse ex iure Quiritium. fr. 1. §. 2. D. 6. 1. Durch den Zusatz *filium* sollte angezeigt werden, daß man den Vindicirten nicht als seine Sache, sondern nur als sein Hauskind in Anspruch nehme. Wenn es sich jemals um die uxor in manu mariti handelte, so scheint der Ausdruck „matremfamilias meam esse" gebraucht worden zu sein, dagegen bei einem in mancipio Befindlichen scheint derselbe Ausdruck gebraucht worden zu sein, wie bei einem Sclaven. S. v. Schröter a. a. O., welcher aus diesem und andern Gründen die alte Streitfrage (s. die Literatur darüber in §. 544 Note *), ob die patria potestas auf einem Eigenthum beruhe, bejaht, jedoch mit der wichtigen Modification, daß er hier kein Eigenthum an einer Sache, sondern ein von diesem verschiedenes Eigenthum an einem freien Menschen annimmt, welches auch bei den beiden übrigen ehemaligen Arten von freien homines alieno iuri subiecti, bei jeder auf andere Weise, vorgekommen sein soll.

(*i*) Dig. 43. 30. — Cod. 8. 8.

§. 557.

II. Einfluß der väterlichen Gewalt auf die Vermögensrechte der Kinder. A. Begriff und Arten des Peculiums (*a*).

Nach dem ältern Rechte konnte ein Hauskind kein eigenes Vermögen haben, sondern alles, was es erwarb, gehörte dem Vater (§. 121. Note *b*. §. 555. Note *a*.). Dieser übergab aber dem Sohne, wie auch dem Sclaven, häufig einen Theil seines Vermögens, damit dieser es wie ein eigenes Vermögen verwalten oder Handel damit treiben solle, und dieß hieß alsdann peculium und ist die älteste Art aller Peculien. Jetzt nennt man es peculium profectitium (*b*). Nach dem neuern Rechte hingegen kann auch das Hauskind ein eigenes Vermögen für sich haben, und dieses ist in Rücksicht seiner Erwerbungsart (*c*): 1. entweder castrense peculium (*cc*), wozu alles gehört, was der Haussohn durch den Kriegsdienst erwirbt, namentlich die beweglichen Sachen, die ihm bei dem Abgang in das Lager von Verwandten und Freunden geschenkt werden, ferner Geschenke und Erbschaften von seinen Kriegscameraden, sodann Alles, was ein Haussohn, der Soldat ist, von seiner Frau als Erbe, nicht aber was er von ihr als Legatar erhält, und endlich Alles, was aus dem castrensischen Peculium angeschafft wird (*d*); 2. oder quasi castrense peculium, welches Alles begreift, was das Hauskind durch ein Staats- oder Hofamt oder durch Advocatur oder gerichtliche Procuratur erwirbt, was ihm vom Regenten oder von der Regentin geschenkt wird, und seinen ganzen Erwerb, wenn er dem geistlichen Stande angehört (*e*); 3. oder es ist von dem dem geistlichen Stande nicht angehörigen Hauskinde anderswoher erworben, dann nennt man es jetzt peculium adventitium, und dahin gehören insbesondere bona materna et materni generis des Kindes, das, was dieses von seinen Ehegatten erhalten (*ee*), sowie nach dem neuesten Rechte überhaupt jeder Erwerb, der nicht aus dem Vermögen des Vaters herkommt und nicht castrense oder quasi castrense peculium ist (*f*).

(*a*) Galvanus de usufructu cap. 7. §. 5—11. — Rau hist. iur. civ. de peculiis. Lips. 1770. — Hugo civ. Mag. B. 2. S. 200. — Glück Comm. Th. 14. §. 905—912. — Zimmern RG. B. 1. §. 186—190. — C. L. F. Luden de peculiis secundum ius Romanor. Goett. 1835. — Vergl. auch: Car. Witte de luctuosis hereditatibus. Vratislaviae 1824. p. 4—14. — Löhr im Arch. für civ. Praxis B. 10. S. 161—181. — (Darüber: Unterholzner in der Tüb. krit. Zeitschr. B. 5. S. 210.) — Fritz im Arch. für civ. Pr. B. 11. S. 21. — Marezoll in f. und Linde's Zeitschr. B. 5. S. 59 ff. — G. L. Fr. Luden de peculiis secundum ius Romanum. Gott. 1835.

(*b*) fr. 4. pr. §. 2. fr. 5. §. 4. fr. 7. §. 3. fr. 8. 39. D. 15. 1. — Marezoll in f. und Linde's Zeitschr. n. F. B. 5. S. 172 ff. — Dietzel in Bekker's Jahrb. B. 2. Nr. 1. S. 6 ff.

(*c*) const. 37. pr. C. 3. 28.

(*cc*) Von diesem allein galten die hier und im §. 558 angegebenen Regeln schon zur Zeit der klassischen Juristen. Jedoch f. auch die Note *e* am E.

(*d*) fr. 3. 4. pr. fr. 8. fr. 11. fr. 16. §. 1. fr. 19. pr. D. 49. 17 besonders const. 1. 4. C. 12. 37. — Vergl. Chr. Frid. Mühlenbruch Observ. iur. Rom. cap. 1. — Marezoll in f. Zeitschr. B. 8. S. 77 ff., besonders S. 105 ff.

(*e*) Nach Verordnungen von Constantin, Leo und Justinian: const. un. C. 12. 31. — const. ult. C. 12. 37. — const. 7. C. 1. 51. — const. 4. 14. C. 2. 7. — const. 7. C. 6. 61. — const. 34. C. 1. 3. — Nov. 123. cap. 19. — Der im Texte nicht berührte älteste hierher gehörige Fall ist aber der des fr. 50. D. 36. 1., den man gewöhnlich, aber mit Unrecht, zu den Fällen des s. g. peculii adventitii extraordinarii zählt, nämlich der Fall, wenn der Vater mit einer Erbschaft, die er

seinem Hauskinde nach aufgehobener väterlicher Gewalt ex fideicommisso restituiren soll, schlecht umgeht, so daß er sie ihm sogleich restituiren muß. Marezoll S. 81 ff. — S. überhaupt: v. Löhr a. a. O. — Marezoll a. a. O. S. 116 ff.

(*ee*) Für diese drei Arten des Erwerbs wurden die im §. 558 unter 3. angegebenen Regeln im Ganzen eingeführt von Constantin, von Honorius und von Theodos II., worauf dann Justinian sie auf die angegebene Weise generalisirte.

(*f*) §. 1. J. 2. 9. — const. 1. 2. C. 6. 60. — Cod. 6. 61. — Daß das jetzt s. g. peculium adventitium kein eigentliches peculium sei, wird behauptet von Witte l. c., besonders auch von Hugo im civ. Mag. B. 5. Nr. 19. B. 6. Nr. 4 und von Puchta Pand. §. 433 Note *d*. S. aber auch: Zimmern RG. §. 190 Note 2. (Unterholzner in der Tüb. krit. Zeitschr. B 5. S. 204.) Marezoll a. a. O. S. 59 und besonders S. 64 ff. Vergl. Mühlenbruch in der Forts. von Glück's Comment. B. 35. S. 190 ff. Note 28 in s. Lehrb. §. 564 Note 4. — Heimbach im Rechtslex. B. 7. S. 858 ff. — Ueber den Umfang dieses Peculiums s.: Marezoll a. a. O. S. 58 ff. 242 ff. 362 ff. — v. Vangerow §. 236.

§. 558.

B. Rechte des Vaters an den Peculien.

Die Rechte des Vaters an den Peculien der Kinder sind verschieden nach den verschiedenen Arten derselben. 1. Das s. g. peculium profectitium ist und bleibt Eigenthum des Vaters; der Sohn ist blos Verwalter desselben, und was er damit erwirbt, wird dem Vater erworben (*a*). Dagegen kann dieser, wenn er dem Sohne ein solches peculium gab, wegen aller vertragsmäßigen Schulden desselben, die nicht aus Liberalitäten herrühren, mit der actio de peculio insoweit, als dieses zureicht, belangt werden (*b*), und muß sich, wenn er ihm eine freie Verwaltung einräumte, auch oneröse Veräußerungen aus dem Peculium, jedoch keine Schenkungen, die er nicht besonders erlaubt hat, gefallen lassen (*bb*). Es verbleibt dem Sohne, wenn die Güter des Vaters von dem Fiscus wegen Schulden verkauft werden (*c*), wenn der Sohn durch Erlangung einer hohen Würde aus der väterlichen Gewalt heraustritt (*cc*), oder wenn der Vater den Sohn emancipirt, ohne das Peculium einzuziehen (*d*). 2. Das peculium castrense et quasi castrense (*e*) ist, wenigstens nach neuerem Rechte, volles und freies Eigenthum des Sohnes, so daß der Vater auch nicht einmal den Niesbrauch daran hat (*f*). Der Sohn wird in Beziehung auf dasselbe ganz als paterfamilias betrachtet (*g*); er kann frei darüber verfügen, sowohl inter vivos, als mortis causa, er kann namentlich auch darüber testiren (*h*), und wenn er ohne Testament stirbt, so vererbt es sich, wenigstens nach neuerem Rechte, nach den allgemeinen Grundsätzen von der Intestaterbfolge auf seine Intestaterben (*i*). 3. An dem peculio adventitio (*ii*) haben die Kinder die Proprietät; die Verwaltung und der Niesbrauch steht aber während der väterlichen Gewalt der Regel nach dem Vater zu (*k*), welcher zwar frei von Caution und Rechnungsablage ist (*l*), die zu dem Peculium gehörigen Sachen aber ohne Zustimmung der Kinder nur dann veräußern darf, wenn Schulden oder Vermächtnisse zu bezahlen, oder die Sachen von der Art sind, daß sie sich nicht aufbewahren lassen (*m*); sonst ist die Veräußerung zum Vortheil der Kinder ungiltig, und es läuft gegen sie während der väterlichen Gewalt keine Verjährung (*n*). Die Kinder selbst können während der väterlichen Gewalt ohne Zustimmung des Vaters nicht darüber disponiren, noch weniger können sie darüber testiren (*o*).

(*a*) §. 1. J. 2. 9.

(*b*) §. 4. J. 4. 7. — Dig. 15. 1. — Cod. 4 26. — S. oben §. 481.

(*bb*) fr. 18. §. 4. fr. 19. D. 13. 7. — fr. 7. pr. §. 1.—4. D. 39. 5.

(*c*) fr. 3. §. 4. in fin. D. 4. 4. Ueber diese Stelle s.: Marezoll über die bürgerl. Ehre S. 52 ff. und in s. und Linde's Zeitschr. n. F. B. 5. S. 244 ff. Vergl. Kämmerer in Linde's und Marezoll's Zeitschr. B. 14. Nr. 4.

(*cc*) Nov. 81. c. 1. § 1. — Marezoll im Arch. für civ. Praxis B. 8. S. 281.

(*d*) fr. 31. §. 2. D. 39. 5. — §. 20. J. 2. 20. — const. 17. C. 8. 54.

(*e*) Dig. 49. 17. — Cod. 12. 27. — Jos. Fernandez de Retes de castrensi et quasi castrensi peculio; in opusculor. libr. V. in Meermani thes. T. 6. p. 240. — Glück Comm. Th. 14. §. 906. besonders aber Th. 34. S. 101—117.

(*f*) const. 6 pr. const. 7. C. 6. 61.

(*g*) fr. 1. §. 3. fr. 2. D. 14. 6. — fr. 17. D. 40. 1.

(*h*) fr. 4. D. 5. 1. — const. 2. C. 12. 37. — Ulp. XX. §. 10. — §. 6. J. 2. 11. — pr. J. 2. 12.

(*i*) pr. J. 2. 12. — const. 34. C. 1. 3. — Nov. 118. — Glück von der Intestaterbfolge 2te Ausg. S. 557. — Ueber das Recht vor der Nov. 118. s.: v. Löhr in s. Mag. B. 4. (2). S. 101 ff. und im Arch. für die civ. Pr. B. 10. S. 161 ff. — Mühlenbruch in Glück's Comm. Th. 35. S. 192 ff. Note 31. — v. Vangerow §. 409, IV.

(*ii*) Marezoll in s. und Linde's Zeitschr. B. 8. S. 285 ff. S. 362 ff.

(*k*) §. 2. J. 2. 9. — const. 1. C. 6. 60. — const. 6. pr. C. 6. 61. — A. F. Hurlebusch de usufructu patris in bonis liberorum adventitiis. Brunsu. 1783.

(*l*) const. 6. §. 2. const. 8. §. 4. in fin. C. 6. 61. — Löhr im Arch. für civ. Pr. B. 7. S. 268. B. 10. S. 179.

(*m*) const. 1. 2. C. 6. 60. — const. 4. const. 8. §. 4. 5. C. 6. 61. — Geiger und Glück Rechtsfälle B. 3. nr. 37. — v. Bülow Abhandl. Th. 2. nr. 29.

(*n*) const. 1. C. 6. 60. — const. 4. C. 6. 61. — const. 1. §. 2. C. 7. 40. — Nov. 22. c. 24. — Ueber die ihnen an dem Vermögen des Vaters zustehende gesetzliche Hypothek s. oben §. 313.

(*o*) const. 8. §. 5. C. 6. 61. — pr. J. 2. 12. — Von der Succession in das peculium adventitium s. Löhr in s. Mag. B. 4. (2.) S. 101 – 134 und im Arch. für civ. Praxis B. 10. S. 165. — Roßhirt Erbrecht §. 14—17.

§. 559.

Fortsetzung.

Die Regel, daß der Vater die Administration und den Niesbrauch des peculii adventitii seiner Kinder hat, leidet indeß in folgenden Fällen eine Ausnahme (*): 1. wenn das Kind eine Erbschaft oder eine ihm geschenkte oder vermachte Sache wider den Willen des Vaters annimmt (*a*); 2. wenn Jemand dem Kinde Etwas schenkt, oder in einem letzten Willen freiwillig zuwendet unter der Bedingung, daß der Vater die gewöhnlichen Rechte nicht haben solle (*b*); 3. wenn das Kind mit dem Vater zugleich einen vollbürtigen Bruder oder eine vollbürtige Schwester ab intestato beerbt (*c*); und 4. wenn das Vermögen der Mutter deswegen den Kindern theilweise zufällt, weil die beiden Eltern ihre Ehe ohne hinreichenden Grund communi consensu scheiden (*d*). Dasjenige, was das Kind in diesen vier Fällen als freies Eigenthum erwirbt, nennt man jetzt peculium adventitium extraordinarium. Das Kind kann darüber unter Lebenden frei verfügen, aber nicht darüber testiren (*e*).

(*) Lauterbach de pec. adv. irreg., in Diss. Vol. 3. no. 109. — Marezoll a. a O. S. 409 ff. — v. Buchholtz in Linde's und Marezoll's Zeitschr. B. 14. Nr. 11.

(*a*) const. 8. pr. §. 1. 3. C. 6. 61.

(*b*) Nov. 117. c. 2. pr. §. 1.

(*c*) Nov. 118. c. 2. — Löhr im Arch. für civ. Pr. B. 10. S. 165.

(*d*) Nov. 134. c. 11. S. oben §. 535 a. Note *o*.

(*e*) const. 11. C. 6. 22. — Nov. 117. c. 1. — Glück Comm. Th. 34. S. 123.

§. 560.

C. Rechte des Vaters an dem Vermögen der nicht in seiner Gewalt stehenden Kinder.

Der Regel nach hat der Vater den gesetzlichen Niesbrauch nur an dem Vermögen solcher Kinder, die sich in seiner Gewalt befinden, und auch nur so lange, als sie sich darin befinden (*). Diese Regel leidet jedoch folgende Ausnahmen: 1. Wenn eine Ehefrau stirbt und Descendenten hinterläßt, welche von ihr und ihrem überlebenden Ehemanne gemeinschaftlich abstammen, welche sich aber nicht in der Gewalt des letztern befinden, so soll dieser an einer Virilportion desjenigen Vermögens, welches diese Descendenten ab intestato von ihr erben, den Niesbrauch erhalten (*a*). 2. Wenn der Vater sein Kind emancipirt, so konnte er nach älterem Rechte (*b*) ein Drittheil des peculii adventitii als praemium emancipationis für sich als Eigenthum behalten; nach neuerem Rechte hingegen soll er nichts mehr als Eigenthum behalten dürfen, dafür aber selbst nach der Emancipation des Kindes immer noch den Niesbrauch an der Hälfte des bisherigen peculii adventitii desselben haben und lebenslänglich behalten (*c*). 3. Wenn ein Hauskind mit Hinterlassung eines s. g. peculii adventitii ordinarii stirbt und ab intestato beerbt, der Inhaber der väterlichen Gewalt aber durch Descendenten oder nähere Ascendenten desselben von der Intestatsuccession ausgeschlossen wird, so behält er seinen ganzen bisherigen Niesbrauch, auch wenn die Intestaterben nicht in seiner väterlichen Gewalt stehen (*d*).

(*) Ueber das Letztere ist Streit wegen des in den Quellen nicht entschiedenen Falles, wenn ein Hauskind, welches ein s. g. adventitium ordinarium hat, durch s. g. adoptio plena aus der bisherigen väterlichen Gewalt austritt und in die des Adoptivvaters kommt. Gewöhnlich nimmt man an, hier gehen die Rechte des Parens an diesem Vermögen auf den Adoptivvater über. Mehrere Schriftsteller aber behaupten, es gehe damit keine Veränderung vor. S.: v. Wening-Ingenheim in Linde's Zeitschr. B. 1. Nr. 17. — Marezoll das. B. 13. Nr. 9. — Heimbach in Weiske's Rechtslex. B. 7. S. 879. — Sintenis prakt. Civilr. B. 3. §. 139. Note 39. — Dagegen vertheidigt die gewöhnliche Ansicht v. Vangerow §. 236. Anm. 3.

(*a*) const. 3. C. 6. 60. (const. 9. C. Th. 8. 18.) von Theodos II. und Valentin III. — Donelli comm. iur. civ. Lib. 9. c. 2. — Schrader Abhandl. aus dem Civilr. B. 1. Nr. 4. — Sommer rechtswissensch. Abh. Nr. 4. — Roßhirt Erbrecht §. 27. — Baumeister vom Anwachsungsrechte. (Tübing. 1829.) §. 8. — Roßhirt in s. Zeitschr. B. 1. S. 386 ff. — v. Vangerow B. 2. §. 415. Anm. 2. — Verschieden sind die Meinungen der angeführten Schriftsteller a) über die Frage, wie die Portion, woran der Usufruct Statt findet, zu bestimmen ist, wenn die fraglichen Descendenten sämmtlich oder zum Theile Enkel, Enkelinnen, Urenkel u. s. w. sind; b) über die Frage, ob die Verordnung auf den Fall der testamentarischen Erbfolge zu beziehen sei, weil im Cod. Iust. die Stelle, worin es heißt: „si uxor *intestata* defecerit" hinweggelassen ist. Für die weitere Auslegung ist Schrader a. a. O. §. 8. S. 121, dagegen v. Vangerow a. a. O.

(*b*) Nach Verordnungen Constantin's, nämlich const. 1. §. 2. const. 2. C. Th. 8. 18.

(*c*) Nach Justinian's const. 6. §. 3. C. 6. 61. — § 2. J. 2. 9. Dieß gilt heut zu Tage aber nicht auch in dem Falle, wenn die Tochter durch Heirath, oder der Sohn durch Anlegung eines eigenen Haushalts aus der väterlichen Gewalt geht (§. 568).

(*d*) Nach Verordnungen von Theodos II. und Valentinian III. und von Justinian. S. unten §. 622 Note *c*.

§. 561.

III. Von Verhältnissen, die wegen der väterlichen Gewalt unzulässig sind.

In Folge der väterlichen Gewalt kann 1. ein gewöhnlicher Rechtsstreit (*a*) zwischen Vater und Hauskind, oder zwei Hauskindern eines Hausvaters nicht vorkommen (*b*), namentlich kann keine klagbare obligatio zwischen ihnen bestehen (*c*), wohl aber eine naturalis obligatio mit besonders beschränkten Wirkungen (*d*). Diese Regel gilt auch noch nach Justinianeischem Rechte; sie erleidet aber eine Ausnahme bei dem castrense und quasi castrense peculium (*e*), auch wurde in manchen Fällen eine extraordinaria cognitio schon zur Zeit der klassischen Juristen zugelassen (*f*). 2. Der Hausvater kann dem Hauskinde in der Regel (*g*) keine giltige Schenkung machen, auch nach Justinianeischem Rechte (*h*); indessen convalescirt eine aus diesem Grunde ungiltige Schenkung, wenn der Beschenkte durch den Tod des Vaters oder durch Emancipation oder Erlangung einer Würde aus der väterlichen Gewalt austritt, ohne daß sie revocirt wird (*i*). 3. Der filiusfamilias kann nicht Zeuge sein bei dem Testamente seines Hausvaters (*k*) (*l*).

(*a*) Ein praeiudicium über die Frage, ob der eine Theil in der väterlichen Gewalt des andern stehe, ist natürlich zulässig. fr. 1. §. 2. D. 6. 1. Auch s. unten Note *f*.

(*b*) fr. 4. 11. D. 5. 1. — fr. 16. D. 47. 2.

(*c*) §. 6. J. 3. 19. (20.) — fr. 16. cit.

(*d*) fr. 38. D. 12. 6. — fr. 56. §. 1. D. 46. 1.

(*e*) fr. 2. pr. D. 18. 1. Auch bei den Adventitien will ihn nicht angewendet wissen v. der Pfordten Abh. Nr. 2. S. 145 ff. Dagegen: Sintenis prakt. Civilr. B. 3. §. 142. Anm. 8. — Schwanert Naturalobl. §. 16, besonders S. 332 ff.

(*f*) Z. B. wegen der Alimentation (§. 540.) oder wegen der Emancipation (§. 565.).

(*g*) Was der Vater seinem als Soldat in das Lager abgehenden Haussohne an beweglichen Sachen schenkt, das wird sofort zum castrense peculium. fr. 31. § 2. D. 39 5. — const. 4. C. 3. 36.

(*h*) fr. 1. §. 1. D. 41. 6. — Cod. 5. 16.

(*i*) const. 17. pr. C. 8. 54. — const. 25. C. 5. 16. Vergl. const. 6. §. 2. C. 6. 61.

(*k*) §. 9. 10. J. 2. 10. — fr. 20. pr. §. 1—3. D. 28. 1. — Gaj. II. §. 105—108.— Ulp. XX. §. 3.

(*l*) Bisher wurde gewöhnlich gelehrt, der Hausvater werde nach Röm. Rechte mit seinen sämmtlichen Hauskindern in privatrechtl. Hinsicht, wenn es sich nicht um das castrense oder quasicastrense peculium handelt, als eine Person betrachtet, und aus dieser Personeneinheit seien namentlich die Regeln unter 1—3, sowie der Satz, daß der filiusfamilias, soweit er zur Erbschaft seines bisherigen Hausvaters gerufen ist, ipso iure, d. h. ohne Erbschaftsantretung, sein Erbe wird, §. 3. J. 3. 1, zu erklären. Man führte besonders an die const. 11. C. 6. 26. Jedoch warnte man vor verschiedenen Anwendungen dieses Grundsatzes, die mit ausdrücklichen Entscheidungen der Quellen im Widerspruch stehen. S. z. B.: 1. fr. 14. D. 36. 1. — fr. 77. 78. D. 5. 1. — 2. const. 1. C. 4. 13. — §. ult. J. 4. 8. — fr. 38. D. 50. 17. — 3. fr. 10. §. 2. D. 46. 1. — Auch erklärten sich schon manche ältere Schriftsteller gegen die herkömmliche generelle Fassung desselben. So z. B. Brunsich de unitate personae, quae iure Romano inter patrem et liberos intercedit. Goett. 1795. In neuerer Zeit wird er ganz verworfen von: Zimmern RG. B. 1. §. 184. — Puchta Pand. §. 432 und in s. Vorles. zu diesem Paragraphen. — v. der Pfordten Abh. Nr. 2. S. 113 ff. — Dagegen sucht Sintenis prakt. Civilr. B. 3. §. 141. Anm. 3 und besonders §. 142 zu zeigen, daß diese Schriftsteller zu weit gehen. Vergl. auch Schwanert Naturalobl. §. 16.

Viertes Kapitel.

Von der Beendigung der väterlichen Gewalt (*a*).

§. 562.

I. Durch den Tod des Vaters oder des Kindes.

Die väterliche Gewalt hört auf: 1. wenn der paterfamilias, dem sie zusteht, stirbt, oder wenn er eine maxima oder media capitis deminutio erleidet (*b*). In dem einen wie in dem andern Falle werden seine Söhne und Töchter sui iuris, die Enkel hingegen fallen nun in die Gewalt ihres Vaters, es wäre denn, daß dieser schon todt, oder früher bereits aus der väterlichen Gewalt seines Vaters herausgegangen wäre (*c*). 2. Wenn das Kind, welches derselben unterworfen war, stirbt, oder eine maxima oder media capitis deminutio erleidet (*d*).

(*a*) Inst. 1. 12. — Dig. 1. 7. — Cod. 8. 49. — Ulp. tit 10. §. 2. 3. — Gajus I. §. 127—137. — Paulus II. 25. — Donelli comm. iur. cic. Lib. 2. c. 26. 27.

(*b*) Weil nur ein Römischer Bürger väterliche Gewalt haben konnte, §. 2. J. 1. 9. — §. 1. 2. J. 1. 12. — Gajus I. §. 128. 129. — Ulp. l. c. §. 3. — S. oben §. 544.

(*c*) pr. J. ibid. — fr. 5. D. 1. 6. Vergl. fr. 41. D 1. 7. — Gaj. I. §. 127. — Ulp. X. §. 2. — Nur wenn Jemand propter dignitatem aus der väterlichen Gewalt heraustritt (§. 563), also keine capitis deminutio erleidet, werden seine Kinder durch den Tod des Großvaters nicht sui iuris, sondern fallen jetzt in seine Gewalt. Nov. 81. c. 2.

(*d*) Weil nur ein Römischer Bürger sich in der väterlichen Gewalt eines andern befinden konnte. — Ulp. X. §. 3. — §. 1. J. 1. 12. — S. oben §. 544.

§. 563.

II. Bei Lebzeiten Beider.

Außer diesen beiden Fällen ist es Regel: daß die väterliche Gewalt so lange dauert, als der Vater und der Sohn lebt, wenn nicht ein besonderer civilrechtlicher Grund eintritt, weshalb sie schon bei Lebzeiten beider aufhört (*a*). Ein solcher Grund liegt entweder in gesetzlicher Vorschrift, oder in dem Willen des Vaters.

(*a*) Dahin gehört aber nicht, wenn der Vater oder der Sohn relegirt wird. §. 2. J. 1. 12. — fr. 4. fr. 7. §. 3. fr. 14. §. 1. fr. 15. D. 48. 22, und auch die Enterbung des Kindes hebt die väterliche Gewalt nicht auf. fr. 20. pr. D. 37. 4.

§. 564.

A. Nach gesetzlicher Vorschrift.

Ohne den Willen des Vaters erlischt die väterliche Gewalt: 1. ipso iure, wenn der Sohn zu einer hohen Würde gelangt (*a*); 2. wenn der Vater sich gewisser unerlaubter Handlungen schuldig macht, nämlich wenn er eine blutschänderische Ehe eingeht, wo die väterliche Gewalt ipso iure aufhört (*b*), und wenn er seine Tochter zwingen will, sich preis zu geben, wo diese darauf antragen kann, daß ihm die väterliche Gewalt abgesprochen werde (*c*). In allen diesen Fällen erleidet das Kind keine minima capitis deminutio (*d*).

(*a*) Früher befreiten nur gewisse Priesterwürden von der väterlichen Gewalt. Gajus I. §. 130. III. §. 114. — Ulp. X. §. 5. Später wurde diese Wirkung mit mehreren

andern hohen geistlichen und weltlichen Aemtern und Würden verknüpft. §. 4. J. 1. 12. — const. 66. C. 10. 31. — const. 6. C. 12. 3. — Nov. 81. cap. 2.

(*b*) Nov. 12. cap. 2.

(*c*) const. 6. C. 11. 40. — const. 12. C. 1. 4. Gewöhnlich rechnet man auch noch den Fall hierher, wenn ein Vater sein Kind aussetzt, nach const. 2. 4. C. 8. 52 u. Nov. 153. c. 1. (non gloss.); allein man s. darüber v. Buchholtz jur. Abh. Nr. 16.

(*d*) Vergl. insbes. Nov. 81. c. 2.

§. 565.

B. Mit dem Willen des Vaters.

Mit dem Willen des Vaters hört die väterliche Gewalt auf: 1. wenn er sich selbst arrogiren oder legitimiren läßt, in welchem Falle die ihm bisher über seine Kinder zustehende Gewalt über ihn selbst auf den Arrogator oder auf den legitimirenden leiblichen Vater übergeht (§. 551 und 554.); 2. wenn er durch datio in adoptionem die väterliche Gewalt über sein Kind auf den Adoptivvater überträgt (§. 552.) (*); 3. wenn er sein Kind emancipirt. In den beiden ersten Fällen erleidet das Kind immer, im dritten gewöhnlich eine minima capitis deminutio (*a*).

(*) Aehnliche Fälle waren nach früherem Rechte die, wenn die filiafamilias in manum kam (§. 513 Note *), oder irgend ein Hauskind in das mancipium gebracht wurde; nur wurde hier der Sohn in der Regel erst durch die dritte Mancipation von der väterlichen Gewalt frei (§. 556 Note *d*). Vor Justinian wurden die Regeln über die Aufhebung der bisherigen väterlichen Gewalt durch mancipatio namentlich auch zur datio in adoptionem und zur emancipatio benutzt. S. §. 550 Note *d*. §. 556 Note *d* und §. 567 Note *a*.

(*a*) Denn „familia mutatur." S. oben §. 132.

§. 566.

Von der Emancipation insbesondere. 1. Begriff.

Emancipation ist diejenige Handlung, wodurch der Vater sein Kind in der Absicht aus seiner Gewalt entläßt, damit dieses sui iuris werde (*). Dazu ist erforderlich: 1. Einwilligung des Vaters, indem derselbe nicht zur Emancipation gezwungen werden kann (*a*), ausgenommen a) wegen übertriebener Härte gegen das Kind (*b*). b) oder wenn er ein Vermächtniß angenommen hat, das ihm unter der Bedingung, sein Kind zu emancipiren, hinterlassen wurde (*c*), c) oder wenn ein arrogirter Unmündiger nach erlangter Mündigkeit aus guten Gründen die Emancipation verlangt (*d*). 2. Einwilligung des Kindes, indem es dem Vater nicht erlaubt ist, das Kind wider dessen Willen zu emancipiren (*e*), ausgenommen, wenn es noch infans (*f*) oder ein adoptirtes Kind ist (*g*). 3. Beobachtung der gesetzlichen Form (§. 567).

(*) Gajus I. §. 132—134. — Ulp. X. §. 1. — Paulus II. §. 25. — §. 6—16. J. 1. 12. — Dig. 1. 7. — Cod. 8. 49. — Scheltinga de emancipationibus; in Fellenberg iurispr. antiq. T. 2. nr. 18. — Glück Comm. Th. 2. §. 157. — L. A. Marchant Diss. de emancipatione sec. princ. iur. Rom. et hodierni. Lugd. Bat. 1822.

(*a*) §. 10. J. 1. 12. — fr. 31. D. 1. 7.

(*b*) fr. 5. D. 37. 12.

(*c*) fr. 92. D. 35. 1. Eine andere ähnliche Ausnahme, welche im fr. 16. D. 27. 10. enthalten sein soll, ist bestritten. S. v. Vangerow §. 257. und die dort angeführten Schriften.

(*d*) fr. 32. pr. D. 1. 7. S. oben §. 549.

(*e*) Pauli lib. 2. tit. 25. §. 5. — const. 5. C. 8. 49. — Besonders Nov. 89. c. 11. pr. „solvere ius patriae potestatis invitis filiis non permissum est patribus." — Daher hört auch durch Verstoßung des Kindes (abdicatio) die väterliche Gewalt nicht auf. const. 6. C 8. 47. — Günther und Hagemann Archiv für die theoretische und praktische Rechtsgelehrsamkeit B. 1. S. 303. — Henrici de abdicatione filiorum Romanis usitata Diss. 1. 2. Viteb. 1792. — Dirksen Versuche zur Auslegung und Kritik der Quellen des R. R. S. 62. — Thibaut Vers. B. 2. Nr. 12. a. E.

(*f*) const. 5. in fin. C. 8. 49.

(*g*) const. 10. pr. C. 8. 48. — §. 3. J. 1. 11. — fr. 132. pr. D. 45. 1. — Dagegen: v. Buchholtz jur. Abh. Nr. 17. — Sintenis Civilr. B. 3. §. 139 Note 63. — Arndts Pand. §. 427 Anm. 2. — Dafür: v. Vangerow §. 257. Ueber die Beschränkungen bei der Emancipation eines arrogirten impubes s. oben §. 549.

§. 567.

2. Form derselben.

In Rücksicht der Form gibt es nach dem neuern Römischen Recht (*a*) noch zwei Arten der Emancipation: 1. die s. g. emancipatio Anastasiana, wenn der Vater mit Einwilligung des Kindes beim Regenten um ein Rescript nachsucht, wodurch dieses für sui iuris erklärt wird (*b*); 2. die s. g. emancipatio Iustinianea, wenn der Vater vor dem competenten Richter das gegenwärtige, nicht widersprechende Kind aus seiner Gewalt entläßt (*c*).

(*a*) Die älteste und ursprünglich einzige Art der Emancipation „per imaginarias venditiones et intercedentes manumissiones" sah der alten datio in adoptionem sehr ähnlich und unterschied sich von dieser nur durch den Schlußact, der bei der emancipatio nicht in einer in iure cessio an den Adoptirenden, sondern in einer manumissio (in der Regel durch vindicta) bestand. Wollte der Emancipirende sein Kind selbst manumittiren (parens manumissor), so ging dem Schlußact eine remancipatio voraus, wie gewöhnlich dem Schlußact der datio in adoptionem; wollte er aber die Manumission dem Scheinkäufer überlassen (extraneus manumissor), so unterblieb die remancipatio. Gaj. I. §. 132—134. — Ulp X. §. 1. Seit Einführung der s. g. emancipatio Anastasiana hatte man die Wahl zwischen dieser und der alten Form, bis Justinian diese abschaffte und die s. g. emancipatio Iustinianea an ihre Stelle setzte. const. 6. C. 8. 49. — §. 6. J. 1. 12.

(*b*) const. 5. C. 8. 49.

(*c*) const. 6. C. 8. 49. — Schulting ad Gajum in iurisprud. Antei. p. 57.

§. 568.

3. Wirkung derselben.

Die Wirkung der Emancipation besteht darin, daß der Emancipirte dadurch sui iuris wird. Er erleidet in der Regel eine minima capitis deminutio, indem er aus der Familie, zu welcher er bisher gehörte, heraustritt und seine Agnationsrechte in derselben verliert (*a*). Doch können ihm diese bei der emancipatio Anastasiana durch das Rescript vorbehalten werden (*b*). Wenn sich übrigens der Emancipirte ungehorsam gegen seinen Vater bezeigt, oder wenn er ihm schwere Beleidigungen zufügt, so kann er zur Strafe wieder in die väterliche Gewalt zurückgezogen werden (*c*) (*d*).

(*a*) fr. 3. §. 1. D. 4. 5. — Griesinger Geschichte und Theorie der Suität §. 65.

(*b*) const. 11. C. 6. 58.

(*c*) const. 1. C. 8. 50.

(*d*) Nach deutschen Rechten hört die väterliche Gewalt außerdem noch von Rechtswegen auf, wenn die Tochter heirathet oder der Sohn einen eigenen Haushalt anfängt. Höpfner Comm. §. 163. — J. H. BOEHMER de statu liberor. sui iuris factor. per separationem vel nuptias In eiusd. exerc. ad Pand. T. 1. nr. 21. — Eichhorn Einleit. in das deutsche Priv. R. §. 314. Besonders: Jul. Weiske Abhandl. aus dem Gebiete des deutschen Rechts. Leipz. 1830. S. 45. — Da dieß nun der gewöhnliche Fall ist, so erklärt es sich daraus, warum die förmliche Emancipation bei uns so selten vorkommt. Die Volljährigkeit der Kinder hebt indeß an und für sich allein die väterliche Gewalt auch bei uns nach gemeinem Rechte eben so wenig auf, als die Erlangung einer Würde oder eines Staatsamts, wofern dieses den Sohn nicht zugleich in den Stand setzt, einen eigenen Haushalt anzufangen. Denn das, was Justinian in Ansehung gewisser Aemter und Würden verordnet hat (§. 564 Note *a*), ist heut zu Tage nur noch auf die bischöfliche Würde anwendbar. Hagemann prakt. Erört. Th. 8. Abth. 1. Nr. 13.

Dritter Abschnitt.

Von der Vormundschaft.

Quellen: GAJUS I. §. 142—200. — ULP. tit. 11. — Cod. Theod. Lib. 3. tit. 17—19. — Inst. Lib. I. tit. 13—26. — Dig. Lib. 26. 27. — Cod. Just Lib. 5. tit. 28—52.

Literatur: DONELLI comm. iur. civ. Lib. 3. Lib. 15. cap. 18—22. — ANT. FABRI iurisprudentiae Papinianeae scientia ad ordinem institutionum efformata. (Lugd. 1658.) Lib. 1. tit. 13—26. — HUBER digress. Iustin. P. 1. Lib. 3. c. 1—6. c. 11—26. — GER. NOODT commentar ad Dig. libr. 26. et 27. In opp. Colon. 1763. p. 412. — JO. THEOPH. SEGER histor. iuris Romani de tutelis et curationibus. Lips. 1760 et in eiusd opusc. ed. KLUEBER. Erlang. 1788. Vol. I. p. 61 u. 111. — Gans Scholien zum Gajus S. 178 ff. — BERNH. WICHER WICHERS Diss. ad locum Gaji de tutelis. Gröning. 1822. — FEL. MINGUET historia iuris Romani de tutelis. Gröning. 1826. — H. L. NILANT Diss. de iure tutelari ex lege XII. tabb. Gröning. 1827. — Zimmern RG. B. 1. §. 232 ff. — Glück Comm. Th. 28. S. 435 bis Th. 33. S. 310. — Ad. Aug. Fried. Rudorff das Recht der Vormundschaft aus den gemeinen in Deutschland geltenden Rechten entwickelt. 3 Bde. Berlin 1832—1834. (Ueber Bd. 1.: Bethmann-Hollweg im Rhein. Mus. für Jurispr. B. 6. S. 206 ff.) — W. Th. Kraut die Vormundschaft nach den Grundsätzen des deutschen Rechts 2 Bde. Gött. 1835—1847. — LE FORT essai historique de la tutelle en droit Romain. Genève 1850. — Heimbach im Rechtslex. B. 13. S. 327 ff.

§. 569.

Begriff und Arten der Vormundschaft.

Vormundschaft überhaupt heißt das Recht und die Pflicht, solche Personen, die entweder ihrer Jugend wegen oder aus andern Gründen als schutzbedürftig betrachtet werden, zu schützen und zu vertreten, ihnen bei ihren rechtlichen Geschäften beizustehen und ihr Vermögen zu verwalten (*). Im Römischen Rechte kommen zwei wesentlich verschiedene Arten der Vormundschaft vor, nämlich die tutela und cura (*a*).

(*) Ueber die Stellung der Vormundschaftslehre in dem Rechtssysteme s. besonders: v. Savigny Syst. B. 1. S. 361. — Kraut B. 1 S. 96. — J. AEM. KUNTZE in systemate iur. civ. hod. doctrina de iure tutelae num iuri obligationum adscribenda sit. Lips. 1851.

(*a*) J. C. BRANDENBURG Comm. exponens differentias iuris Romani inter pupillos et minores, tutores et curatores. Hannov 1793. — Joh. Friedr. von Mayer von den Unterschieden zwischen Tutel und Curatel. Frankf. a. M. 1803. Besonders aber: v. Löhr über die römischen Begriffe von Tutel und Curatel, ins. Mag. B. 3. (1) nr. 1. Dagegen: Schweppe in s. Jurist. Mag. St. 1. nr. 7 und dagegen wieder: v. Löhr

im Mag. B. 3. (1.) nr. 14. (Ueber v. Löhr s. auch: Heidelb. Jahrb. 1819. S. 157 ff. S. 310 ff.) — Ferner: Aug. Guil. de Schröter de nexu tutelae et iuris succedendi. Jenae 1820. p. 22. (Dagegen: Glück Comm. Th. 29. S. 1. ff. und Rudorff B. 1. S. 48 u. 49.) — F. Reits de differentia tutelae et curae apud Romanos. Traj. ad Rhen. 1821. — Heinr. Zoepfl Vergleichung der röm. Tutel und Cura mit der heut. Vormundschaft. Bamberg u. Aschaffenburg 1828. — Huschke in der Tüb. krit. Zeitschr. B. 5. S. 283. — Rudorff a. a. O. B. 1. S. 20 ff. — Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 221 ff. S. 253.

Erstes Kapitel.

Von der Tutel.

§. 570.

I. Begriff von Tutel.

Tutela impuberum (*) ist nach Römischem Rechte die Gewalt und Befugniß eines Römischen Bürgers, die Willensäußerung eines noch unmündigen Römischen Bürgers, der sui iuris ist, bei dessen Rechtsgeschäften durch seine auctoritas zu ergänzen, ihn dabei auch wohl ganz zu vertreten, wo dieß zulässig ist (§. 584.), und dessen Vermögen zu verwalten (*a*). Aus einem ursprünglichen Rechte des nächsten gesetzlichen Erben des Unmündigen, oder desjenigen, dem sie der Vater vermöge seiner väterlichen Gewalt und als Ueberrest derselben in seinem letzten Willen zugedacht hatte, wurde sie späterhin eine Pflicht, ein munus publicum, welches Jeder, dem es aus irgend einem rechtlichen Grunde (§. 576.) angetragen wurde, annehmen mußte (*b*); aber das Wesen derselben, Vertretung und Ergänzung der juristischen Persönlichkeit eines Unmündigen bei dessen Rechtsgeschäften, verbunden mit der Verwaltung des Vermögens desselben, blieb auch im neuern Rechte dasselbe wie vorher (*c*). Derjenige, welchem sie übertragen wird, heißt tutor (*d*), der derselben Unterworfene heißt pupillus, und dieß kann nur ein homo sui iuris und ein schon Geborener sein (*e*). Die tutela impuberum ist übrigens gesetzlich nothwendig, d. h. es hängt nicht von dem Willen eines Pupillen ab, ob er einen Tutor haben will oder nicht (*f*).

(*) Im älteren Röm. Rechte gab es zwei Arten der Tutel, die tutela impuberum und die tutela feminarum. Im Justinianeischen Rechte kommt nur noch die erstere vor, und von dieser wird daher auch im Texte nur allein die Rede sein. — Ueber die Geschlechtstutel s. m. insbesondere: Liv. XXXIX. §. 9. — Gajus I. §. 144. 145. 149—154. 157. 166. 168—176. 180. 181. 184. 190—196. II. §. 118. III. §. 43 seqq. — Ulp. tit. 11. §. 1. 5—8. 17—22. 24. 25. 27. 28. tit. 20. §. 15. tit. 29. §. 3. — Ever. Otto Diss. de perpetua feminarum tutela. Duisb. 1719. Halae 1722 et in eiusd. Diss. iur. publ. et priv. Ultraj. 1723. P. 1. — v. Löhr in s. Mag. B. 3. (1.) S. 407 ff. — F. L. Hoffmann in der Zeitschr. für gesch. RW. B. 3. S. 309. — v. Savigny ebendas. S. 328, auch (mit Noten und einem Nachtrag von 1849) in s. verm. Schriften B. 1. Nr. 10. — Jan. Maria van Maanen Diss. de muliere in manu et in tutela secundum Gaji Veronensis institutionum principia. Lugd. Bat. 1823. — Zimmern RG. B. 1. §. 244. 245. — Rudorff Recht der Vormundschaft B. 1. §. 6. B. 2. §. 121. — Stemann in den Sell'schen Jahrb. B. 3. Nr. 6. — v. Keller Grundriß §. 266. — Nach den zwölf Tafeln und späteren Gesetzen (§. 580.) sollten alle mündige Römische Bürgerinnen, die sui iuris sind, unter dieser Tutel stehen, mit Ausnahme der Vestalinnen. Dadurch war ihnen aber die Verwaltung ihres Vermögens nicht entzogen, wie den Unmündigen, vielmehr bedurften sie nur zu gewissen Geschäften der tutoris auctoritas. Im Laufe der Zeit wurde die Abhängigkeit der mündigen Frauen von ihren Tutoren

gemildert, ferner wurde durch die lex Iulia et Papia Poppaea jede ingenua, welche drei, und jede libertina, welche vier Kinder hat, von der Tutel ganz frei, und durch die lex Claudia de tutela feminarum wurde die den Frauen besonders lästig gewesene legitima agnatorum tutela für sie abgeschafft. Mit diesen wichtigen Modificationen bestand das Institut noch zu den Zeiten von Gajus und Ulpian, auch findet sich noch eine Spur davon aus der Zeit von Diocletian in const. 1. C. 5. 30; später kam es ab, ohne daß wir wissen, wann.

(*a*) fr. 1. pr. §. 1. D. 26. 1. „Tutela est (ut Servius definivit) vis ac potestas in capite libero ad tuendum eum, qui propter aetatem suam sponte se defendere nequit, iure civili data et permissa." §. 1. 2. J. 1. 13. — G. C. Gebauer Progr. de Servii Sulpicii definitione tutelae in L. 1. pr. D. de tutelis. Gött. 1738. et in eiusd. exerc. acad. T. 2. p. 689. — Zimmern RG. B. 1. §. 233. — Rudorff B. 1. §. 4. u. 8. — Bethmann-Hollweg S. 221 ff. — S. auch die §. 569 Note *a* angeführten Schriftsteller.

(*b*) fr. 1. §. 3. 4. fr. 18. §. 1. D. 50. 4. — fr. 1. pr. D. 26. 7.

(*c*) fr. 14. D. 26. 2. „Tutor *personae* non *rei* vel *causae* datur." Das heißt: der Tutor wird bestellt für die juristische Persönlichkeit des Pupillen, die er ergänzen soll bei allen Geschäften, wo der Pupill selbst handeln muß. Er wird also (seltene Ausnahmen abgerechnet) nicht bestellt für einzelne Geschäfte des Pupillen (non *singulae* rei vel causae datur), sondern für sein ganzes Vermögen und für alle seine sich darauf beziehenden Geschäfte. §. 17. J. 1. 25. — fr. 12. 13. D. 26. 2. S. v. Savigny vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung S. 104 und besonders Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 253 ff. Vergl. auch: Löhr a. a. O. — G. F. Puchta im Rhein. Museum für Jurispr. Jahrg. 2. Heft 4. S. 381. — Schrader ad §. 4. J. 1. 14. — Rudorff a. a. O. B. 1. S. 287 ff. S. 378.

(*d*) fr. 1. §. 1. D. 26. 1. — §. 2. J. 1. 13.

(*e*) fr. 239. pr. D. 50. 16. — fr. 1. pr. D. 26. 1. — fr. 161. D. 50. 16. — fr. 20. D. 26. 5. — fr. 19. §. 2. D. 26. 2.

(*f*) fr. 6. D. 26. 5. — const. 2. C. 5. 60.

§. 571.

II. Fähigkeit zu derselben (*).

Der Tutor muß zur Uebernahme der Tutel fähig sein. Unfähig sind: 1. Sclaven und Nicht-Römer (*a*); 2. Frauenpersonen (*b*), mit Ausnahme jedoch der Mutter und Großmutter, die nach neuerem Rechte sogar vorzugsweise zur Tutel ihrer Kinder und Enkel berechtigt sind (*c*); 3. Rasende, Wahnsinnige (*d*) und gerichtlich erklärte Verschwender (*e*); 4. Taube und Stumme (*f*); 5. Minderjährige (*g*); 6. Bischöfe und Mönche (*h*); 7. Soldaten, welche wirklich im Dienst stehen (*i*); 8. erklärte Feinde des Pupillen oder des Vaters desselben (*k*); 9. Jeder, welcher sich für Geld zur Tutel drängt (*l*); 10. Jeder, welcher zu der Zeit, wo ihm die Tutel angetragen wird, Ansprüche auf das Vermögen des Pupillen hat, oder demselben aus irgend einem Grunde verpflichtet ist, mit Ausnahme der Mutter und Großmutter desselben (*m*); 11. Jeder, dessen Bestellung zum Tutor von dem Vater oder der Mutter des Pupillen verboten worden ist (*n*); auch kann 12. ein Jude nicht Tutor eines Christen werden (*o*). Uebrigens ist noch folgender Unterschied zu bemerken. Den unter 1, 2, 5, 6, 7 und 12 Genannten kann die Tutel gar nicht deferirt werden, dagegen die übrigen sollen nur nicht zur Führung derselben zugelassen werden. Gewöhnlich haben sie ihren Mangel selbst anzugeben (s. g. excusatio necessaria); geschieht dieses aber nicht, so hat die Obrigkeit sie abzusetzen (*p*).

(*) Löhr im Arch. für civ. Pr. B. 11. S. 1. — Glück Comm. Th. 29. §. 1300. — Zimmern RG. B 1. §. 240. — Rudorff B. 2. §. 64 ff. — Sintenis prakt. Civilr. B. 3. §. 146. — v. Keller Grundr. §. 258, I.

(*a*) const. 7. C. 5. 34. Doch konnte der Vater seinen eigenen Sclaven zum Tutor seines Kindes ernennen, wo der Sclave alsdann frei wurde. §. 1. J. 1. 14. Peregrini waren deshalb unfähig, weil die Tutel zu dem ius proprium civium Romanorum gehörte. §. 1. J. 1. 13. vergl. mit §. 4. J. 1. 22. A. M. sind: DE BUCHHOLTZ ad Fragm. Vat. §. 193 und Rudorff B. 1. S. 7. B. 2. S. 18, welche behaupten, daß Peregrini wenigstens zur Dativ-Tutel fähig und verpflichtet gewesen seien. Die ehemaligen latini Iuniani waren übrigens nicht ganz ausgeschlossen. Fr. Vat. l. c. vergl. mit §. 172. — GAJ. I. §. 23. — ULP. XI. §. 16. — v. Keller a. a. O.

(*b*) fr. 16. pr. fr. 18. D. 26. 1. — const. 1. 2. C. 5. 35.

(*c*) Nov. 94. Nov. 118. cap. 5. Die früheren Verordnungen über die mütterliche Vormundschaft s. man bei Rudorff B. 1. §. 33. Vergl. auch unten §. 579, Noten *aa* und *b*. — Daß die Mutter auch zur Tutel ihrer unehelichen Kinder berechtigt ist, leidet wenigstens in Ansehung ihrer liberi *naturales* nach const. 3. C. 5. 35 und Nov. 94. c. 1. in fin. keinen Zweifel und wird auch angenommen von Rudorff a. a. O. und Marezoll in s. und Linde's Zeitschr. B. 5. S. 437, dagegen geradezu geleugnet von Schröter ebendas. S. 323.

(*d*) §. 2. J. 1. 14. — fr. 17. D. 26. 1.

(*e*) Arg. const. 5. C. 5. 30.

(*f*) Der Grund ist, weil sie die Auctorität nicht interponiren können. fr. 1. §. 2. 3. D. 26. 1. Daher sind auch Blinde durchaus nicht unfähig. fr. 16. D. 26. 8. — fr. 40. D. 27. 1.

(*g*) §. 13. J. 1. 25. — const. 5. C. 5. 30. Ein filiusfamilias kann übrigens Tutor werden, wenn er nur volljährig ist. pr. J. 1. 14. — fr. 7. D. 26. 1.

(*h*) const. 52. C. 1. 3. — Nov. 123. cap. 5. §. 1.

(*i*) §. 14. J. 1. 25. — fr. 8. D. 27. 1. — const. 4. C. 5. 34.

(*k*) §. 11. J. 1. 25. — fr. 3. §. 12. D. 26. 10. — fr. 6. §. 17. D. 27. 1. — JO. LUD. HENR. HERMANNUS (Pr. GE. STEPH. WIESAND) ad L. 6. §. 17. D. de excusat. Viteb. 1793.

(*l*) fr. 21. §. 6. D. 26. 5.

(*m*) Nov. 72. cap. 1. 2. 3. 4. — Nov. 94. cap. 1. — CAR. FR. WALCH de tutore pupilli sui ante susceptam tutelam debitore. Jenae 1777. et in opusc. T. 1. p. 36. — Weber von der nat. Verb. §. 94. — Höpfner Comm. § 245. not. 6. — Seuffert im Arch. für civil. Pr. B. 12. S. 301. — Glück B. 29. S. 98 ff. — Rudorff B. 2. S. 30 ff.

(*n*) fr. 21. §. 2. D. 26. 5. Vergl. fr. 8. pr. D. 26. 2.

(*o*) Das ältere Recht scheint ihn zuzulassen. fr. 15. §. 6. D. 27. 1. Allein nach neuerem Rechte ist der Jude schon darum unfähig, weil er keine öffentlichen Aemter bekleiden kann. const. 19. pr. C. 1. 9. Auch bei uns wird er nach dem bisherigen gemeinen Rechte für unfähig gehalten. — LAUTERBACH Coll. theor. pract. Lib. 26. tit. 1. §. 23. — Runde deutsch. Privatr. §. 626.

(*p*) S. die citirten Gesetze und die in der Note * angeführten Schriften, ferner v. Vangerow §. 270. Ueber Nr. 3. u. 4. s. auch v. Keller a. a. O.

§. 572.

III. Excusationen der Tutoren (*a*).

Da die Tutel nach neuerem Rechte ein munus publicum ist, so ist der Regel nach auch Jeder, dem sie aus einem rechtmäßigen Grunde angetragen wird, zur Uebernahme derselben verbunden (*b*). Es gibt jedoch mehrere gesetzliche Gründe, aus denen Jemand, wenn er Gebrauch davon machen will, sich der Tutel entziehen kann, und diese Entschuldigungsgründe heißen im Römischen Rechte excusationes (*c*). Dagegen durch potioris nominatio kann man nach Justinianeischem Rechte der Führung einer Vormundschaft nie mehr entgehen (*d*).

(*a*) Inst. I. 25. — Dig. 27. 1. — Cod. 5. tit. 62—69. — PAULUS lib. 2. tit. 27—30. — Fragm. Vatic. §. 123—247. — CUJACII comm. ad tit. Dig. de excusationibus.

In oper. T. 1. p. 1033. — Augustini lib. sing. ad Modestinum s. de excusationibus; in Ottonis thesaur. T. 4. p. 1425—1603. — Glob. Aug. Jenichen Diss. de excusationibus tutorum et curatorum. Giess. 1755. — Glück Comm. Th. 31. 32 § 1354 ff. — Zimmern RG. B. 1. §. 241. 242. — Jo. Vinc. Westrik Disp. ad locum Gaji institutionum de sponsoribus, fidepromissoribus et fideiussoribus et ad titulum Fragmentorum Vaticanorum de excusatione. Lugd. Bat. 1826. — Rudorff B. 2. §. 75 ff. — Sintenis prakt. Civilr. B. 3. §. 148. — v. Keller Grundr. §. 258 II—IV.

(*b*) Die Mutter und Großmutter ausgenommen, von deren freiem Willen es abhängt, ob sie die Tutel übernehmen wollen oder nicht. Nov. 94. c. 1. — „Quia vero matribus *volentibus* curam habere minorum et *petentibus* curam subire etc." — Nov. 118. c. 5.

(*c*) Excusare wird im Röm. Rechte zuweilen auch für prohibere gebraucht, z. B. fr. 1. §. 3. D. 3. 1. — fr. 11. D. 50. 2, und so auch in Beziehung auf Tutel in §. 11. 13. 14. J. 1. 25. Daher unterscheiden die Neueren gewöhnlich excusatio necessaria et voluntaria. Uebrigens paßt der erste Ausdruck nicht für die Fälle, in welchen Jemand so unfähig ist, daß ihm die Tutel gar nicht deferirt werden kann. S. §. 571. Note *p*. In den §§. 573 ff. ist nur von den s. g. excusationes voluntariae die Rede.

(*d*) Bei andern munera publica ist dieses allerdings zulässig. Cod. 10. 65. — fr. 7. pr. D. 50. 4. — const. 12. C. 5. 34. — Ehemals war es auch bei der Tutel der Fall, zunächst bei der durch die Obrigkeit angeordneten. S. die in der Note *a* citirten Titel von Paulus, besonders aber die Fragm. Vat. §. 157—167. 206—219. 242. 246. Darüber sind zu bemerken: A. A. de Buchholtz Diss. ad orat. D. Severi de potioribus nominandis. Regiom. 1824. — *Eiusd.* Excurs. II. de potiorib. ad tutelam nominandis, in Edit. Vat. Fragm. p. 326 seqq. — Zimmern RG. B. 1. §. 242. — Schrader in der Tüb. krit. Zeitschr. B. 1. S. 179 ff. — Glück Comm. B. 32. S. 142 ff. — Rudorff B. 2. S. 7. ff. S. 161 ff. S. 184 ff. — Bruns quid conferant Vat. Fragm. p. 58 seqq. — v. Keller a. a. O. IV.

§. 573.

Fortsetzung (*).

Die Excusationen der Vormünder sind von zweierlei Art: A. Einige geben blos das Recht, eine angetragene Tutel abzulehnen. Eine Excusation dieser Art hat: 1. Jeder, welcher in Rom drei, oder in Italien vier, oder in den Provinzen fünf leibliche, eheliche, schon geborene und noch lebende Kinder hat (*α*). 2. Jeder, welche über 70 Jahre alt ist (*b*). 3. Jeder, welcher in Staatsangelegenheiten abwesend ist, insofern ihm während seiner Abwesenheit, oder binnen Jahresfrist nach seiner Rückkehr, eine Tutel angetragen wird (*c*). 4. Personen, welche ein obrigkeitliches Amt bekleiden (*d*). 5. Alle öffentlichen Lehrer der freien Künste und Wissenschaften, so wie praktische Aerzte (*e*). 6. Die Verwalter der Fiscalgüter und Patrimonialgüter des Regenten (*f*). 7. Jeder, welcher da, wo er zur Tutel gerufen wird, seinen Wohnsitz nicht hat (*g*). 8. Jeder, welcher blos aus Haß vom Vater zum Tutor ernannt ist (*h*). 9. Befinden sich schon drei Tutelen in derselben Familie, welche alle auf die Gefahr des paterfamilias verwaltet werden, nicht unbedeutend und nicht gesucht sind, so ist kein Mitglied dieser Familie verbunden, eine vierte zu übernehmen (*i*).

(*) Ueber die einzelnen Excusationen s. man auch: Göschen Grundr. S. 371. 379. Vorles. B. 3. §. 753. — v. Vangerow §. 271 Anm. 1 u. 2.

(*a*) pr. J. 1. 25. — fr. 2. § 2—8. fr. 18. fr. 36. §. 1. D. 27. 1. — const. 1. C. 5. 66. — Fragm. Vat. §. 168—70. 191—99. 247. Vergl. Heineccius ad Leg. Jul. et Pap. Popp. lib. 2. c. 8 Diese Bestimmungen des Röm Rechts über die Zahl der zur Excusation erforderlichen Kinder sind zwar bei uns nicht mehr anwendbar, allein viele eigene Kinder befreien doch auch bei uns von der Uebernahme

der Vormundschaft über ein fremdes Kind. Wie viele Kinder aber dazu erforderlich sind, läßt sich, wenn nicht Particular-Gesetze etwas Besonderes darüber festsetzen, im Allgemeinen nicht bestimmen, sondern muß in jedem concreten Falle dem richterlichen Ermessen überlassen bleiben. Vergl.: Glück Th. 31. S. 223. — Runde deutsch. PR. §. 626. — Rudorff B. 2. S. 146 ff. — Sintenis a. a. O. S. 225.

(*b*) §. 13. J. 1. 25. — fr. 2. pr. D. 27. 1. — fr. 3. D. 50. 6. — const. un. C. 5. 68.

(*c*) §. 2. J. 1. 25. — fr. 10. pr. §. 2. D. 27. 1. — const. 2. C. 5. 64.

(*d*) §. 3. J. 1. 25. Näheres bei v. Vangerow a. a. O. u. v. Keller a. a. O. II. C.

(*e*) §. 15. J. ibid. — fr. 6. §. 1—9. D. 27. 1. — const. 6. C. 10. 52. Die Excusation steht ihnen aber nur zu, „si circa operationem se negligenter non habeant." fr. 6. §. 4. D. 27. 1. Näheres bei: Rudorff S. 132. — v. Vangerow a. a. O. Nr. 7. — v. Keller a. a. O. II. C. am E.

(*f*) §. 1. J. 1. 25. — fr. 22. §. 1. fr. 41. pr. D. 27. 1.

(*g*) fr. 46. §. 2. D. ibid.

(*h*) §. 9. J. 1. 25.

(*i*) §. 5. J. 1. 25. — fr. 2. §. 9. fr. 3—5. fr. 15. §. 15. fr. 17. pr. fr. 31. §. 4. D. 27. 1. In der letzten Stelle wird noch bemerkt: „Ceterum putarem, recte facturum Praetorem, si etiam unam tutelam sufficere crediderit, si tam diffusa et negotiosa sit, ut pro pluribus cedat." — const. un. C. 5. 69.

§. 574.

Fortsetzung.

B. Andere Excusationen berechtigen, auch eine schon übernommene Tutel niederzulegen. Dazu ist berechtigt: 1. Jeder, welcher wegen Armuth oder Krankheit dieselbe fortzuführen nicht im Stande ist (*a*). 2. Jeder, welcher mit ausdrücklicher Erlaubniß des Regenten seinen Wohnort verändert, wenn der Regent nur weiß, daß er die Tutel führt (*b*). 3. Jeder, welcher in das consilium principis aufgenommen wird (*c*). 4. Jeder, welcher in Angelegenheiten des Staats abwesend sein muß; dieser kann nämlich verlangen, daß die Vormundschaft, welche er führt, bis zu seiner Zurückkunft von einem Curator verwaltet werde (*d*).

(*a*) §. 6. J. 1. 25. — fr. 7. fr. 40. §. 1. D. 27. 1. — const. un. C. 5. 67.

(*b*) fr. 12. §. 1. D. 27. 1. — Marezoll im Arch. für civ. Praxis B. 8. S. 266.

(*c*) fr. 30. pr. D. 27. 1. — fr. 11. §. 2. D. 4. 4.

(*d*) §. 2. J. 1. 25. — fr. 10. pr. §. 2. D. 27. 1. — const. 1. C. 5. 64. Gänzliche Befreiung kann er nur verlangen, wenn er sich über die See entfernt. fr. 11. §. 2. D. 4. 4.

§. 575.

Fortsetzung.

Diese Excusationen stehen allen Tutoren zu, sie mögen testamentarische, gesetzliche oder dative sein (§. 576.); doch müssen sie binnen 50 Tagen vom Augenblicke der Wissenschaft des Anfalls der Tutel bei der obervormundschaftlichen Behörde vorgeschützt werden (*a*). Auch fallen sie weg, wenn der zur Tutel Berufene dem Vater des Kindes versprochen hat, sich der ihm zustehenden Excusation nicht bedienen zu wollen (*b*), oder wenn er den letzten Willen, worin er giltig zum Vormunde ernannt ist, selbst geschrieben hat (*c*), oder wenn er die Verwaltung übernommen hat, ohne sich seiner Excusation zu bedienen (*d*), oder wenn er dasjenige, was ihm in Rücksicht auf die Tutel vermacht worden ist, angenommen hat (*e*).

(*a*) §. 16. J. 1. 25. — fr. 2. §. 5. fr. 13. §. 1. 2. fr. 30. §. 2. fr. 45. §. 1. D. 27. 1. — const. 9. C. 5. 34. — Wer über 400 Röm. Meilen von dem Sitze der Obrigkeit entfernt wohnt, dem soll für je 20 weitere Meilen ein Tag weiter gegeben werden. fr. 13. §. 2. cit. Zur Ausführung hat man regelmäßig eine Frist von 4 Monaten, von dem Tage an gerechnet, an welchem die 50 Tage zu laufen anfangen. fr. 38. 39. D. 27. 1. Ueber die heutige Anwendung dieser Vorschriften: Sintenis a. a. O. Note 77.

(*b*) §. 9. J. 1. 25. — fr. 15. §. 1. D. 27. 1.

(*c*) fr. 29. D. 26. 2. — fr. 15. §. 1. D. 48. 19.

(*d*) const. 2. C. 5. 63.

(*e*) fr. 5. §. 2. D. 34. 9.

§. 576.

IV. Entstehung der Tutel.

Die Tutel gründet sich 1. entweder auf testamentarische Bestellung des Tutors (testamentaria tutela), 2. oder auf gesetzliche Vorschrift (legitima tutela), 3. oder auf Anordnung der Obrigkeit (dativa tutela) (*). Eine durch Vertrag begründete Tutel kommt im Römischen Rechte nicht vor (*a*).

(*) Nach den zwölf Tafeln wurde die Tutel, sowohl über Unmündige, als über mündige Frauenspersonen, nur auf die beiden ersten Arten deferirt. Die dritte Delationsart wurde erst später eingeführt.

(*a*) Denn im §. 9. J. 1. 25 und fr. 15. §. 1. D. 27. 1 ist nur davon die Rede, daß derjenige, welcher dem Vater des Unmündigen versprochen hat, die ihm aus irgend einem rechtlichen Grunde deferirte Tutel übernehmen zu wollen, sich der ihm etwa zustehenden Excusation nicht solle bedienen können. — Jo. Gottlieb Heineccii Diss. de tutela pactitia s. conventionali. Lips. 1777. et in oper., T. 3. sect. 4. pag. 86. — Dan. Nettelbladt in den Hall. Beitr. zur jurist. Gelehrten-Historie. Th. 1. nr. 4. — Hasse im Rhein. Museum für Jurispr. 1828. S. 156–158. — Rudorff B. 1. §. 45.

§. 577.

A. Testamentarische Tutel (*).

Die testamentarische Tutel beruht nach Römischem Rechte auf folgenden Grundsätzen: 1. Nur der Inhaber der väterlichen Gewalt (**) hat das Recht, auf den Fall seines Todes für seine unmündigen Kinder und Enkel einen Tutor zu ernennen, und zwar auch nur für diejenigen, welche sich zur Zeit seines Todes unmittelbar in seiner potestas befinden, also nach seinem Tode sui iuris werden (*a*). 2. Die Ernennung des Tutors muß in einem Testamente, oder in einem bestätigten Codicille geschehen (*b*); sie kann aber geschehen entweder schlechthin, oder unter einer Bedingung, von einem gewissen Tage an (ex die), oder bis zu einem gewissen Tage (in diem), oder ohne alle Zeitbestimmung (*c*). Nur muß der zum Tutor Ernannte eine persona certa sein, und zwar schon zur Zeit der Ernennung (*d*). 3. Ein von dem, welcher das Recht dazu hatte, auf gehörige Art ernannter testamentarischer Tutor hieß bei den Römern tutor recte datus (*e*). Er erwarb das ius tutelae ipso iure (*ee*), ohne der obrigkeitlichen Bestätigung zu bedürfen, und war frei von aller Bürgschaft (satisdatio) (*f*).

(*) Gajus I. §. 144 seq. — Ulp. tit. 11. 14. seq. — Inst. 1. 14. — Dig. 26. 2. — Cod. 5. 28. — fr. 120. D. 50. 16. — Löhr im Arch. für civ. Pr. B. 11. S. 9. — Glück Comm. Th. 29. S. 197. — Rudorff B. 1. §. 35–40.

(**) So lange die Tutel über mündige Frauenspersonen vorkam, konnte auch der Mann, der die Frau in manu hatte, oder wenn dieser zur Zeit, wo die manus entstand,

noch in der patria potestas stand, nachher aber vor seinem Vater wegstarb, der Vater des Mannes, testamentarische Tutoren für dieselbe ernennen. GAJ. I. §. 148 seqq. Auch konnte ein solcher Ehemann seiner Frau die Wahl eines Tutors (tutoris optio) vermachen, der dann optivus tutor hieß und als ein testamentarischer Tutor betrachtet wurde, dem man den gewöhnlichen testamentarischen unter dem Namen dativus tutor entgegensetzte. GAJ. I. §. 150—154.

(*a*) §. 3. J. 1. 13. — fr. 73. §. 1. D. 50. 17. — fr. 1. §. 1. fr. 4. D. 26. 2. Auch für den postumus konnte der Vater im Testament einen Tutor bestellen, vorausgesetzt, daß der postumus durch den Tod des Vaters sui iuris wurde. §. 4. J. 1. 13.

(*b*) fr. 3. D. 26. 2. — const. 2. C 5. 28.

(*c*) §. 1. 2. 3. J. 1. 14. — fr. 8. §. 2. fr. 10. §. 3. 4. D. 26. 2. — fr. 11. D. 26. 1.

(*d*) §. 27. J. 2. 20. — fr. 20. pr. fr. 30. D. 26. 2. — HAUBOLD Diss. de tutore incerto. Lips. 1790, et in eiusd. opusc. ed. WENCK Vol. 1. pag. 349. — CHR. GUIL. SCHWEITZER Diss. ad tit. Dig. de rebus dubiis. Lips. 1802. pag. 47. — Rudorff B. 1. §. 38. — Das fr. 30. D. 26. 2 findet sich jetzt vollständiger in den Fragm. Vat. §. 227. S. darüber: WENCK in praef. ad HAUBOLD. opusc. acad. p. XXX.

(*e*) fr. 1 §. 1. D. 26. 3.

(*ee*) Ueber das heutige Recht s. §. 582. Note *c*. am E.

(*f*) fr. 7. fr. 17—19. D. 26. 2. — GAJUS I. §. 200. — Ueber das heutige Recht s. §. 582. Note *b*.

§. 578.

Fortsetzung.

Die eben angegebene Wirkung der testamentaria tutela (§. 577. Nr. 3.) trat aber nur dann ein, wenn der Tutor recte datus war, also nicht, wenn der, welcher den Tutor ernannte, keine väterliche Gewalt über das Kind hatte, oder wenn der, welcher die väterliche Gewalt über dasselbe hatte, den Tutor nicht im Testamente, oder in einem bestätigten Codicille ernannte. Da indeß nach dem neuern Römischen Rechte die Obrigkeit in vielen Fällen einen solchen tutor non recte datus, und zwar bald schlechthin, bald nach vorgängiger Untersuchung oder nach vorher bestellter Bürgschaft, bestätigen mußte, so unterscheidet man jetzt zwischen tutela testamentaria perfecta, womit man die von Rechtswegen vollgiltige testamentarische Tutel des Römischen Rechts bezeichnet, und tutela testamentaria imperfecta, worunter man diejenigen Fälle begreift, bei denen die eine oder die andere Voraussetzung derselben fehlt. Bei dieser tutela testamentaria imperfecta (*a*) sind nun nach Römischem Rechte insbesondere folgende Fälle zu unterscheiden: A. diejenigen, wo ein tutor non recte datus sine inquisitione et satisdatione bestätigt werden mußte. Dahin gehörte: 1. wenn der Vater seinem emancipirten, wenn auch nicht instituirten, Sohne einen Tutor ernannt hatte; 2. wenn der Vater die Ernennung in einem ungiltigen Testamente, oder nicht bestätigten Codicille vorgenommen hatte (*b*). B. Diejenigen, wo die Confirmation zwar inquisitio, aber keine satisdatio erforderte. Dahin gehörte: 1. wenn der Vater für seinen filius naturalis, dem er Etwas hinterlassen, einen Tutor ernannte (*c*); 2. wenn die Mutter für ihr instituirtes Kind einen Tutor bestellte (*d*). C. Diejenigen, wo inquisitio und satisdatio erforderlich war. Dahin gehörte, wenn sonst irgend Jemand einem Unmündigen, den er zu seinem Erben einsetzte und der kein sonstiges Vermögen hatte, zugleich einen Tutor ernannte (*e*).

(*a*) Dig. 26 3. — Cod. 5. 29. — Glück Comm. Th. 29. S. 253 ff. — Rudorff B. 1. §. 41—44. — ALEX. AUG. DE BUCHHOLTZ de confirmandis tutoribus. Regiomont 1833.

(*b*) fr 1. §. 1. 2. D. 26. 3.

(*c*) fr. 7. ibid. Nach der Auslegung, welcher Mackeldey beitrat, würde der Fall hierher gehören, wenn der Testator dem filius naturalis Nichts hinterlassen hat, und in

dem entgegengesetzten Falle wäre der ernannte Tutor sine inquisitione zu bestätigen. S. aber für die andere gewöhnlichere Auslegung v. Vangerow §. 265.

(*d*) fr. 4. D. 26. 2. — fr. 1. §. 2. fr. 2. pr. D. 26. 3. — fr. 4. D. 26. 6. — const. 1. C. 5. 29. Mit diesen Stellen steht im Widerspruch const. 4. C. 5. 28, wenn man nicht mit Cujacius und den meisten Schriftstellern der neueren Zeit das in mehreren Handschriften ohnehin fehlende **non** vor *instituerit* streicht.

(*e*) fr. 4. 5. ibid.

§. 579.

B. Gesetzliche Tutel (*).

Die gesetzliche Tutel beruht auf dem Grundsatze: daß der nächste männliche Intestaterbe des Unmündigen auch zunächst zur Tutel desselben berufen ist (*a*). Doch haben die Mutter (*aa*) und Großmutter des Unmündigen, wenn sie die Tutel übernehmen wollen, den Vorzug vor allen Seitenverwandten desselben (*b*). Mehrere gleich nahe Intestaterben haben gleiches Recht und gleiche Pflicht zur Tutel, und falls der nächste Erbe absolut und für immer unfähig sein sollte, so gelangt die Tutel an den nächstfolgenden (*c*). Auch der gesetzliche Tutor erwarb das ius tutelae von Rechtswegen, ohne der obrigkeitlichen Bestätigung zu bedürfen (*d*).

(*) Gajus I. §. 155 seq. — Ulp. XI. §. 3 seq. — Inst. I. tit. 15—19. — Dig. 26. 4. — Cod. 5. 30. — Nov. 118. c. 5. — Jo. Bernh. Friesen de tutelae et successionis legitimae nexu. Jenae 1719. — Arn. Jo. Schott Diss. de tutela legitima. Ultraj. 1723. — Aug. Guil. de Schroeter de nexu tutelae et iuris succedendi in bona defunctorum. Jenae 1820. — Glück Comm. Th. 29. S. 315 ff. — Roßhirt Erbrecht S. 458. — Rudorff B. 1. §. 27—34.

(*a*) In späterer Zeit sagte man: „Plerumque ubi successionis est emolumentum, ibi et onus tutelae esse debet." pr. J. 1. 17. — Die im Texte ausgesprochene Regel liegt schon in den zwölf Tafeln, oder wenigstens in der Auslegung, die man denselben gab. Sie ordnen nämlich die legitima agnatorum tutela ausdrücklich an, und per consequentiam nahm man über Freigelassene eine legitima patronorum tutela an, die, wie die legitima hereditas, wenn der Patron gestorben war, seinen nächsten agnatischen Descendenten deferirt wurde. Ueber die legitima gentilium tutela, die jedenfalls schon zur Zeit von Gajus eben so wenig mehr in Uebung war, als das Intestaterbrecht der Gentilen (Gaj. III. §. 17.), fehlt es an Nachrichten. Für die bisher genannten Fälle wurde der Ausdruck legitima tutela vorzugsweise gebraucht, weil sich hier die Delation auf die Lex XII. tabularum gründete. Ulp. XI. §. 3. Bei der Beerbung eines manumissus ex mancipio räumte das Gewohnheitsrecht dem manumissor, sei er parens oder extraneus manumissor, und seinen agnatischen Descendenten dasselbe Recht ein, wie bei der Beerbung des Freigelassenen dem Patron und seinen agnatischen Descendenten. Dieses wurde denn auch auf die Delation der Tutel übertragen. Die Tutel des extraneus manumissor und seiner Descendenten nannte man fiduciaria tutela. Ob dieser Ausdruck ursprünglich auch für die Tutel des parens manumissor und seiner Descendenten gebraucht wurde, darüber ist man nicht einig. Zur Zeit von Gajus aber war es gewöhnlich, die des parens manumissor selbst unter dem Namen *legitima* parentum tutela der fiduciaria tutela ebenso wie die legitima patronorum tutela gegenüber zu stellen; dagegen sagte man von dem Descendenten des parens manumissor, er sei fiduciarii tutoris loco (Gaj. I. §. 172. 175.), und später nannte man ihn geradezu fiduciarius tutor (fr. 4. D. 26. 4.). Alles dieses galt auch von der Tutel über mündige Frauenspersonen. Nur wurde hier die legitima agnatorum tutela, bevor die lex Claudia sie ganz abschaffte, häufig beseitigt durch einen von der Frauensperson selbst gewählten fiduciarius tutor. Sollte dieses geschehen, so wurde eine coemtio fiduciae causa (§. 513 Note*) abgeschlossen, worauf der coemtionator das Weib an Denjenigen, der zum Tutor ausersehen war, mancipirte und dieser es manumittirte. Gaj. I. §. 114. 115. S. über das Gesagte die in der Note* citirten Stellen von Gajus und Ulpian. Die Vorschriften des prätorischen Rechts über die Intestaterbfolge (intestati bonorum possessio) (§. 614 f.) hatten keinen Einfluß auf die gesetzliche Tutel, wohl aber die Aenderungen an den

Regeln über die civilrechtliche Intestaterbfolge (legitima hereditas) (§. 614 g. ff.). Da nun diese bis zur Nov. 118 noch großentheils auf den zwölf Tafeln beruhte, so kommen noch in Justinian's Institutionen fast alle oben angeführten Arten der tutela über Unmündige vor, wie man schon aus den Rubriken der in der Note * citirten fünf Institutionentitel ersieht. Da jedoch kein extraneus manumissor mehr vorkommen konnte, so war natürlich von einer Tutel desselben oder seiner Descendenten in den Institutionen nicht mehr die Rede. Dagegen eine legitima parentum tutela kam noch vor, indem Justinian jeden emancipirenden Vater oder Großvater wie einen parens manumissor des Emancipirten behandelt wissen wollte (const. ult. C. 6. 49.), und ebenso eine Tutel der Descendenten des emancipirenden Vaters oder Großvaters über den emancipirten Unmündigen (§. 6. J. 1. 12.), und dies ist denn die letzte fiduciaria tutela. Als Justinian in der Nov. 118 die Lehre von der gesetzlichen Erbfolge der Verwandten ganz umgestaltete, schrieb er in dem cap. 5 dieser Novelle ausdrücklich vor, die neuen Regeln sollen auch von der gesetzlichen Tutel der Verwandten gelten. Dabei machte er eine Ausnahme zu Gunsten der Mutter und der Großmutter. S. Note *b*. Gewöhnlich nahm man bisher an, durch die Novelle sei die besondere Tutel über den Emancipirten ganz hinweggefallen, s. z. B. Rudorff B. 1. S. 243 ff. Vergl. übrigens auch Thibaut civ. Abh. S. 296 ff. S. überhaupt über die parentum tutela und über die fiduciaria tutela: Thibaut civ. Abh. Nr. 12. — Zimmern in s. u. Neustetel's römisch-rechtl. Unters. S. 142 ff. — Rudorff B. 1. §. 31. — Stemann in den Sell'schen Jahrb. B. 3. Nr. 11. — v. Vangerow §. 267.

(*aa*) Unter den früheren Kaisern wurde die Mutter zuweilen durch ein Privileg zugelassen, fr. 18. D. 26. 1, gegen die Regel des fr. 26. D. 26. 2. Valentinian II., Theodos und Arcadius gaben ihr unter gewissen Bedingungen einen Anspruch auf die Tutel. const. 2. C. 5. 35. Die neueste generelle Verordnung darüber enthält Nov. 118. c. 5, worin auch der Großmutter ein solcher Anspruch eingeräumt wird.

(*b*) Jedoch müssen sie bei Uebernahme der Tutel auf das Sctum Vellejanum Verzicht leisten und verlieren dieselbe, wenn sie zu einer andern Ehe schreiten. const. 3. C. 5. 35. — Nov. 94. — Nov. 118. c. 5. S. darüber: Elvers in der allg. jur. Zeit. 1829. Nr. 11. — Emmerich in Linde's Zeitschr. B. 3. S. 201. — Rudorff B. 1. S. 260. Vergl. auch oben §. 571 Note c.

(*c*) fr. 3. §. 9. D. 26. 4. Ist er nur einstweilen verhindert, so ernennt die Obrigkeit einen interimistischen tutor (§. 581.). — Bei der ehemaligen legitima mulierum tutela galt das Besondere, daß der nächste Agnat, der Patron u. s. w. einem Andern die Führung derselben in iure cediren konnte (cessitia tutela, cessitius tutor). Gaj. I. §. 168—172. — Ulp. XI. §. 6—8.

(*d*) Gaj. I. §. 200. Ueber das heutige Recht s. §. 582 Note *c*. am E.

§. 580.

C. Dativ-Tutel (*).

Von der auf Anordnung der Obrigkeit beruhenden Tutel (**) ist zu bemerken: 1. daß nur diejenige obrigkeitliche Behörde Tutoren zu bestellen das Recht hat, welcher dieses Recht durch ein besonderes Gesetz übertragen worden ist. Dieß war bei den Römern zu allen Zeiten sehr verschieden (*a*). 2. Auf die Bestellung eines Tutors bei der Obrigkeit anzutragen (*b*) ist Jeder berechtigt, welcher aus einem oder dem andern Grunde dabei interessirt ist, daß der Unmündige einen Tutor erhalte (*c*); besonders verpflichtet dazu sind, im Falle sie die Tutel nicht selbst übernehmen können oder wollen, die Mutter und Großmutter des Pupillen, so wie dessen nächste Intestaterben, und zwar bei Verlust ihres Erbrechts (*d*), wenn ihnen nicht eine besondere Entschuldigung zu Statten kommt (*e*).

(*) Gajus I. §. 184 seq. — Ulp. XI. §. 18 seq. — Inst. 1. 20. — Dig. 26. 5. — Cod. Th. 3. 17. — Cod. 5. 34. — Heineccii antiq. Rom. Lib. 1. tit. 15. §. 9—15. — Glück Comm. Th. 29. S. 400 ff. — Rudorff B. 1. §. 46—51.

(**) Sie ist den zwölf Tafeln noch fremd (§. 576 Note *). Unter den Vorschriften, wodurch sie später eingeführt wurde, sind besonders wichtig: die lex Atilia aus dem 5. Jahrhundert der St., wonach in Rom jedem Pupillen und jedem Weibe, welchem es an einem testamentarischen und an einem gesetzlichen Tutor fehlt, von dem Praetor urbanus, unter Zustimmung der Mehrheit der Tribunen, einer ernannt werden soll (Atilianus tutor), sodann die lex Iulia et Titia, wodurch der Inhalt der lex Atilia auf die Provinzen ausgedehnt wurde, wo der Statthalter die Ernennung vornehmen soll. S. Gaj., Ulp. et Inst. l. c. und Dirksen in s. verm. Schriften B. 1. Nr. 1.

(*a*) fr. 6. §. 2. D. 26. 1. — fr. 77. D. 50. 17. S. die in der vorigen Note angef. Quellen und Schriften. — In Deutschland steht das Recht Vormünder zu ernennen und zu bestätigen der competenten Civilobrigkeit des Pupillen u. s. w. zu, wenn nicht in einem Lande besondere obervormundschaftliche Behörden angeordnet sind.

(*b*) Dig. 26. 6. — Cod. Th. 3. 18. — Cod. 5. 31. — Glück Th. 30. S. 78. — Rudorff B. 1. §. 56—58.

(*c*) fr. 2. pr. D. 26. 6.

(*d*) fr. 6. §. 1. D. 26. 6. — const. 10. C. 6. 58. — const. 6. C. 6. 56.

(*e*) fr. 2. §. 26. 27. 28. 45. 46. D. 38. 17. — const. 2. C. 2. 35. — const. 3. C. 6. 56. — const. 8. C. 5. 31.

§. 581.

Verhältniß dieser drei Arten der Tutel zu einander.

Das Verhältniß dieser drei Arten der Tutel zu einander wird durch folgende Regeln bestimmt: 1. die testamentarische geht allen übrigen vor (*a*); 2. ist die testamentarische nur einstweilen verhindert und noch zu hoffen, so tritt bis dahin, daß das Hinderniß wegfällt, nicht der gesetzliche Tutor ein, sondern die Obrigkeit ernennt für diese Zeit einen interimistischen Tutor oder Curator, und dasselbe gilt 3. wenn der gesetzliche Tutor einstweilen verhindert ist (*b*); fällt hingegen 4. der ernannte testamentarische Tutor vor oder nach Uebernahme der Tutel ganz weg, so muß man unterscheiden: entweder concurrirt die Obrigkeit dabei, dann ernennt sie an seine Stelle einen andern (*c*), oder nicht, dann tritt der gesetzliche Tutor ein (*d*). 5. Ist kein testamentarischer Tutor ernannt, so gelangt die Tutel zunächst an den gesetzlichen Tutor (*e*), und wenn es auch an einem solchen fehlt, so ernennt wieder die Obrigkeit einen Tutor (*f*). 6. Fällt der zunächst gerufene gesetzliche Tutor hinweg, so hängt die Frage, ob der entferntere ihm nachrückt, oder ob die Obrigkeit einen Tutor zu ernennen hat, von der unter 4. angegebenen Unterscheidung ab (*ff*). 7. Fällt einer von mehreren testamentarischen Tutoren weg, so ernennt die Obrigkeit an dessen Stelle einen andern, fallen sie aber sämmtlich ohne Concurrenz der Obrigkeit weg, so tritt der gesetzliche Tutor ein (*g*). 8. Ebenso rückt einem von mehreren näheren gesetzlichen Tutoren der entferntere gesetzliche Tutor nie nach, sondern die Obrigkeit hat immer einen Nachfolger für denselben zu ernennen, vorausgesetzt, daß seine bisherigen Mitvormünder nicht genügen.

(*a*) fr. 11. pr. D. 26. 2. — Nov. 118. c. 5.

(*b*) Z. B. §. 1. J. 1. 20. — fr. 11. pr. D. 26. 2. — fr. 10. §. 7. D. 27. 1. — §. 5. J. 1. 23.

(*c*) Z. B. fr. 11. §. 1. 2. D. 26. 2.

(*d*) fr. 11. §. 3. D. ibid.

(*e*) pr. J. 1. 15.

(*f*) pr. J. 1. 20.

(*ff*) fr. 3. §. 8. 9. fr. 4. D. 26. 4. — fr. 10. §. 7. D. 27. 1.

(*g*) fr. 11. §. 4. D. 26. 2.

§. 582.

V. Rechte und Pflichten des Tutors. A. Uebernahme der Tutel.

Jeder Tutor, welcher aus einem oder dem andern Grunde zur Tutel gerufen ist, muß sich derselben, wenn er nicht eine Excusation geltend machen kann und will, von dem Augenblicke an unterziehen, wo er Kenntniß von seiner Berufung erhält. Unterläßt er dieß, so haftet er für jeden dem Pupillen daraus entstehenden Schaden (*a*). Auch hat die Obrigkeit nach dem prätorischen Edicte für die Sicherheit des Pupillen durch satisdatio zu sorgen, von welcher nur die testamentarischen (*aa*) und die von einer höheren Obrigkeit nach vorausgegangener Untersuchung ernannten Tutoren nach Römischem Rechte frei sind (*b*), und nach neuerem Rechte ist jeder Tutor auch zu beeidigen (*c*).

(*a*) fr. 1. §. 1. fr. 7. pr. D. 26. 7. Vergl. fr. 5. §. 10. fr. 39. §. 6. fr. 58. §. 2. D. ibid. — const. 1. C. 5. 28. — const. 15. C. 5. 62. — const. 1 3. C. 5. 63.

(*aa*) Ueber die imperfecte dati sed confirmandi s. oben §. 578.

(*b*) Gajus I. §. 199. — Inst. 1. 24. — Cod. 5. 42. — Rudorff B. 2. §. 106 und 107. — v. Keller Grundr. §. 261. Nach dem gemeinen deutschen Rechte ist kein Vormund davon frei. R.-P.-O. von 1577. Tit. 32. §. 3.

(*c*) Justinian schrieb dieses bei der cura furiosi vor in const. 7. §. 4—7. C. 5. 70. — c. 27. C. 1. 4, allgemeiner aber und namentlich bei der Tutel in Nov. 72. cap. 8. S. auch R.-P.-O. v. 1577. Tit 31. § 3. — Rudorff §. 108. — Nach dem gemeinen deutschen Rechte darf auch kein Vormund, auch nicht der gewöhnliche testamentarische und der gesetzliche, sein Amt antreten, bevor ihm dasselbe von der Obrigkeit ausdrücklich übertragen ist (s. g. confirmatio iuris Germanici). Auf diese Uebertragung, welcher immer eine Untersuchung über die Tauglichkeit vorausgehen muß, hat der zur Vormundschaft Berufene anzutragen, wiewohl die Obrigkeit sie auch von Amtswegen vornehmen kann. R.-P.-O. von 1577. Tit. 32. §. 2.

§. 583.

B. Nach übernommener Tutel. 1. Sorge für die Erziehung des Pupillen.

Die Rechte und Pflichten des Tutors während der Tutel beziehen sich nach neuerem Rechte theils auf die physische Person des Pupillen, theils auf die juristische Persönlichkeit desselben bei den von ihm vorzunehmenden rechtlichen Geschäften (*a*), theils endlich auf die Verwaltung seines Vermögens (*b*). Zu den Pflichten der ersten Art gehört insbesondere die Pflicht, unter der Aufsicht der Obrigkeit für die standesmäßige Ernährung und Erziehung des Pupillen Sorge zu tragen (*c*). 1. Der Betrag der jährlich hierauf zu verwendenden Kosten ist entweder vom Vater des Pupillen bestimmt, oder nicht. Im ersten Falle bleibt es bei der väterlichen Bestimmung, wenn nur sonst kein Nachtheil für den Pupillen daraus zu befürchten ist (*d*). Im zweiten Falle muß der Tutor den Betrag von der Obrigkeit bestimmen lassen (*e*). 2. Die Person, von oder bei welcher der Pupill erzogen werden soll, ist ebenfalls entweder vom Vater desselben bestimmt, oder nicht. Im ersten Falle ist die Erziehung des Pupillen, wenn sich sonst keine Bedenklichkeiten dabei finden, der vom Vater bestimmten Person zu überlassen (*f*); im zweiten Falle kommt sie zunächst der Mutter des Pupillen zu, so lange sie nicht zur zweiten Ehe schreitet. Lebt diese aber nicht mehr, oder finden es die Verwandten oder Tutoren des Pupillen bedenklich, ihr die Erziehung anzuvertrauen, so entscheidet die Obrigkeit, bei wem von ihnen der Pupill leben und erzogen werden soll, und dieser ist alsdann zur Uebernahme der Erziehung verpflichtet (*g*).

(a) S. darüber §. 584.

(b) Von dieser Vermögensverwaltung oder dem negotia gerere wird erst unten § 601 näher die Rede sein.

(c) Dig. 27. 2. — Cod. 5. 49 und 50. — Glück Comm. Th. 30. S. 217. Th. 32. S. 155 ff. — Rudorff B. 2. §. 115 und 116.

(d) fr. 2. §. 3. D. 27. 2.

(e) fr. 3. pr. D. ibid.

(f) fr. 1. §. 1. D. ibid. — Vergl. fr. 5. D. ibid.

(g) const. 1. 2. C. 5. 49. — Nov. 22. cap. 38. — v. Buchholtz jur. Abh. Nr. 20.

§. 584.

2. Auctoritas tutoris (*).

Die Hauptbestimmung des Tutors besteht nach Römischem Rechte darin: ne indefensum pupillum relinquat, d. h. daß er die juristische Persönlichkeit des Pupillen bei dessen rechtlichen Geschäften entweder ganz vertrete, oder durch seine auctoritas ergänze, und ihn eben dadurch gegen die privatrechtlichen Nachtheile schütze, welche sonst eine Folge der entweder ganz mangelnden oder doch unvollkommenen juristischen Handlungsfähigkeit desselben sein würden (a). So lange daher der Pupill noch infans ist, also gar nicht selbst handeln kann, muß der Tutor bei solchen rechtlichen Geschäften, die ohne Nachtheil des Pupillen nicht unterlassen werden dürfen, diesen ganz vertreten (negotia pupilli gerere debet); sobald aber der Pupill infantia maior ist, also selbst handeln kann, muß der Tutor die unvollkommene juristische Persönlichkeit, d. h. den unvollkommenen Willen desselben, dadurch ergänzen, daß er zu den Geschäften desselben seine Zustimmung als Vollwort gibt (auctoritatem interponere s. auctor fieri debet) (b). Diese Auctorität ist 1. bei allen Geschäften des Pupillen erforderlich, wodurch eine Veränderung seines status bewirkt, oder Etwas von ihm aufgegeben, oder irgend ein Recht von ihm eingeräumt oder eine Verbindlichkeit von ihm übernommen werden soll, dagegen kann sie fehlen, wenn der Pupill durch das Geschäft blos Rechte erwerben oder von Verbindlichkeiten frei werden soll (c). Fehlt sie da, wo sie erforderlich ist, so ist das Geschäft nach strengem Civilrecht ungiltig, und geht es auf gegenseitige Leistungen, so kann er daraus klagen, aber nicht verklagt werden (d) (dd). Wenn aber auch der Tutor seine Auctorität interponirt hat, so ist das Geschäft zwar nach strengem Rechte für den Pupillen verbindlich, jedoch kann dieser, wenn er dadurch verletzt ist, immer noch in integrum restitutio dagegen nachsuchen (e). 2. Berechtigt zur Auctorität ist jeder Tutor, selbst der honorarius (f). 3. Wenn indeß der Tutor selbst oder eine seiner Gewalt unterworfene Person ein Geschäft mit dem Pupillen abzuschließen hat, so kann er dazu seine Auctorität nicht interponiren (tutor in rem suam auctor esse non potest), sondern es muß dem Pupillen, wenn kein Contutor vorhanden ist, zu diesem Geschäfte in der Regel ein Curator beigeordnet werden, welcher dasselbe anstatt des Mündels vornimmt (g). 4. Zur Form der Auctorität des Tutors ist erforderlich, daß er bei Vornahme des Geschäfts gegenwärtig sei, daß er sie sogleich und zwar mündlich (h), ohne dazu gezwungen zu seyn (i) und ohne Bedingung, interponire (k). Fehlt eines dieser Erfordernisse, so ist die Auctorität ungiltig (l).

(*) Inst. 1. 21. — Dig. 26. 8. — Cod. 5. 59. — Glück Comm. Th. 30. S. 424 ff. — Rudorff B. 1. §. 4. B. 2. §. 120—127. — Vergl. auch: Löhr in s. Mag.

B. 3. (1.) Nr. 1. §. 6—8. u. v. Savigny vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung S. 104.

(*a*) fr. 30. D. 26. 7. S. darüber Rudorff B. 1. S. 32. B. 2. §. 146.

(*b*) §. 9. 10. J. 3. 19. (20.) — fr. 1. §. 2. fr. 2. pr. D. 26. 7. — const. 18. §. 2. C. 6. 30. — Es ist hier aber nur von einem Pupillen die Rede, d. h. von einem impubes sui iuris, der sich in der Tutel befindet. fr. 239. D. 50. 16. Denn ein Unmündiger, welcher noch unter väterlicher Gewalt steht, ist ganz unfähig, für sich selbst ein rechtliches Geschäft einzugehen. §. 10. J. cit.: „qui in potestate parentis est impubes, ne auctore quidem patre obligatur." — fr. 141. §. 2. D. 45. 1. — Der paterfamilias kann ihm zwar (wie jedem Andern, auch Mündigen, den er in seiner Gewalt hat) Befehl (iussus) zur Eingehung eines Geschäfts ertheilen, dadurch wird alsdann aber der Vater selbst obligirt. fr. 8. §. 1. fr. 25. §. 4. D. 29. 2. — fr. 1. §. 4. D. 14. 1. — fr. 7. § 2. D. 14. 3. Vergl. Rudorff B. 1. S. 170—174.

(*c*) pr. §. 1. J. 1. 21. — fr. 9. pr. D. 26. 8.

(*d*) pr. J. cit. — fr. 13. §. 29. D. 19. 1. Jedoch entsteht durch obligatorische Geschäfte, zu denen nur die auctoritas tutoris fehlt, eine naturalis obligatio mit besonders beschränkter Wirkung. §. 3. J. 3. 29. (30.) — fr. 42. pr. D. 12. 2. — fr. 21. pr. D. 35. 2. — fr. 64. D. 36. 1. — fr. 25. §. 1. D. 36. 2. — fr. 19. §. 4. D. 39. 5. — fr. 1. §. 13. D. 44. 7. — fr. 127. D. 45. 1. — fr. 25. D. 46. 1. — fr. 1. §. 1. D. 46. 2. — fr. 44. 95. §. 2. 4. D. 46. 3. Dagegen sind auch nicht: fr. 41. D. 12. 6 und fr. 59. D. 44. 7. — v. Keller in Bekker's Jahrb. B. 4. S. 372 ff. und in s. Pandekten §. 227. — Schwanert Naturalobl. S. 363 ff. — v. Vangerow Pand. 7. Aufl. § 279. Mehr Wirkung wollten dieser nat. obl. beilegen: Büchel civilrechtl. Erört. B. 2 H. 1. S. 68 ff. — Fritz Erläut. H. 3. (B. 2. H. 1.) S. 270 ff. — v. Vangerow a. a. O. in den früheren Auflagen. — v. Savigny O. R. §. 10. — Schultze de natur. obl. pupill. Gryph. 1853. Für weniger wirksam hielten sie u. A.: Weber nat. Verb. §. 71. — Glück Comment. B. 4 S. 66 ff. — Reinhardt nat. Verb. §. 71. — Roßhirt in s. Zeitschr. B. 1. H. 2. S. 130 ff. — Unterholzner Schuldverh. B. 1. S. 157 ff. — Brinz krit. Blätter Nr. 3. S. 15 ff. Und gar nicht anerkannt wurde sie von Puchta Pand. §. 237 Note *h*. — Aus zweiseitigen Geschäften, die der Pupille ohne tutoris auctoritas eingeht, kann er nicht wirksam klagen, wenn er nicht seine Zusage erfüllt. A. M. Brandis in Linde's und Marezoll's Zeitschr. B. 7. S. 154 ff. Dagegen s.: fr. 3. §. 4. D. 3. 5. — fr. 7. §. 1. D. 18. 5. — Fritz a. a. O. S. 273 ff — Sintenis prakt. Civilr. B. 1. S. 142 Note 25. — v. Vangerow a. a. O. — Keller Pand. a. a. O. u. in dem angef. Jahrb. B. 4. Nr 11. — Schwanert a. a. O. Endlich wird der Pupill nach einem Rescripte von Antoninus Pius durch ein ohne tutoris auctoritas von ihm eingegangenes Geschäft vollkommen wirksam obligirt, so weit er bereichert ist. fr. 5. pr. D. 26. 8. Vergl. fr. 3. §. 4. fr. 6. pr. fr. 34. fr. 37. pr. D. 3. 5. — fr. 3. pr. D. 13. 6. — fr. 10. D. 14. 3. — fr. 8. §. 15. D. 16. 1. — fr. 1. §. 15. D. 16. 3. — fr. 1. pr. D. 26. 8. — fr. 66. D. 46. 3.

(*dd*) Nicht so allgemein war bei der ehemaligen Geschlechtstutel die auctoritas tutoris erforderlich. Ulp. XI. §. 27 sagt: „Tutoris auctoritas necessaria est mulieribus quidem in his rebus: si *lege* aut *legitimo iudicio agant*, si se *obligent*, si *civile* negotium gerant, si libertae suae permittant in contubernio alieni servi morari, si rem *mancipi* alienent." S. auch: Cic. Top. c. 11 pro Flacco c. 34. 35. pro Caec. c. 25. — Gaj. I. §. 176. 178. 180. 184. 192. 195. II. §. 47. 80. 81. 85. III. §. 171. — Rudorff B. 2. §. 121. Auch kam es im Lauf der Zeit dahin, daß die meisten Tutoren mündiger Frauen zum auctoritatem interponere gezwungen werden konnten. Cic. pro Mur. c. 12. — Gaj. I. §. 190. 192 II. §. 122. — Rudorff B. 1. §. 6.

(*e*) fr. 16. pr. D. 4. 4. — const. 2. C. 2. 25. Vergl. oben §. 205 c. ff.

(*f*) fr. 49. D. 29. 2. Ueber den Sinn des anscheinend widersprechenden fr. 4. D. 26. 8. s. v. Vangerow §. 281 und die dort angeführten Schriftsteller. Honorarius tutor heißt zunächst derjenige, welcher im Testamente Ehren halber ernannt und vom Testator der Pflicht zur Verwaltung enthoben ist. Notitiae causa datus heißt derjenige, welcher die Uebrigen mit den ihnen unbekannten Verhältnissen bekannt machen soll. fr. 26. §. 1. fr. 32. §. 1. D. 26. 2. — fr. 3. §. 2. D. 26. 7. — fr. 14.

§. 1 6. D. 46. 3. — const. 1. C. 5. 38. — v. Löhr im Arch. für die civ. Pr. B. 11. Nr. 1. §. 2. Wie es mit der Auctorität zu halten ist, wenn ein Pupill mehrere Tutoren hat, darüber s. man: const. 5. C. 5. 59. vergl. mit fr. 4. fr. 5. §. 2. D. 26. 8. — fr. 14. §. 1. 2. fr. 100. D. 46. 3. — Löhr a. a. O. B. 11. S. 5. 15.

(*g*) §. 3. J. 1. 21. — fr. 1. §. 13. D. 36. 1. — fr. 5. pr. §. 2 fr. 18. D. 26. 8. — const. 5. C. 4. 38. — Nov. 72. cap. 2. — Rudorff B. 2. §. 125. Sollte indeß der Tutor bei dem Geschäfte nur folgeweise interessirt sein, so kann er dabei auctoriren. fr. 1. pr. fr. 7. pr. §. 2. D. 26. 8.

(*h*) §. 2. J. 1. 21. — fr. 9. §. 5. D. 26. 8.

(*i*) fr. 1. §. 1. fr. 17. D. ibid.

(*k*) fr. 8. D. ibid.

(*l*) fr. 2. D. ibid — §. 2. J. 1. 21.

§. 585.

Protutor et falsus tutor.

Jeder, welcher nicht Tutor ist, aber sich doch als solcher benimmt, heißt überhaupt protutor oder falsus tutor. Im engern Sinne ist aber zwischen beiden noch folgender Unterschied: 1. insofern ein Nicht-Tutor sich der Verwaltung des Vermögens eines Pupillen unterzieht, heißt er protutor, i. e. qui pro tutore negotia gerit (*a*), und dieser hat alsdann, vorausgesetzt, daß er animo tutoris handelte, dieselben Pflichten, wie ein wahrer Tutor (§. 603. Note *c*); doch kann der Pupill sofort auf dessen Remotion dringen, sobald es sich zeigt, daß er nicht wirklicher Tutor ist (*b*). 2. Insofern aber Jemand, ohne wirklich Tutor zu sein, doch als solcher die auctoritas bei dem rechtlichen Geschäfte eines Pupillen interponirt, heißt er falsus tutor (*c*). Dieß ist alsdann in Rücksicht des Pupillen so anzusehen, als ob das Geschäft ohne Tutor vorgenommen wäre, und es besteht daher nur insoweit, als ohne Tutor vorgenommene Geschäfte der Pupillen überhaupt bestehen (*d*).

(*a*) Dig. 27. 5. — Cod. 5. 45. — Mich Grassi delibata ex materia iuris protutorum. Tubing. 1704. — Neustetel im Arch für civ. Pr. B. 1. Nr. 18. — Gensler ebendas. Nr. 27. — Glück Comm. Th. 32. S. 293 ff. und S. 341 ff. — Francke Erläut. einz. Rechtsmaterien. Abth. 1. S. 86. — Rudorff B. 2. §. 124 B. 3. §. 157.

(*b*) fr. 4. D. 27. 5. — fr. 1. §. 3. D. ibid.

(*c*) Dig. 27. 6. — Fragm. Vatic. §. 1.

(*d*) pr. J. 1. 21.

§. 586.

VI. Beendigung der Tutel (*). A. Von Rechtswegen.

Die Tutel hört von Rechtswegen auf: 1. wenn der Pupill mündig wird, oder stirbt, oder irgend eine capitis deminutio erleidet (*a*); 2. wenn der Tutor stirbt, oder wenn er die Freiheit oder Civität verliert (*b*); 3. wenn er nur bis zu einem gewissen Zeitpunkte, oder bis zum Eintritte einer Bedingung bestellt worden und die Zeit abgelaufen, oder die Bedingung eingetreten ist (*c*); 4. wenn die Mutter oder Großmutter, welche die Tutel über ihre Kinder oder Enkel führt, zur zweiten Ehe schreitet (*d*).

(*) Inst. I. 22. — Cod. 5. 60. — v. Buchholtz jur. Abh. Nr. 20 ff. — Rudorff B. 3. §. 201 ff.

(*a*) pr. §. 1. 3. 4. J. 1. 22. — fr. 4. pr. D. 27. 3. — fr. 14. pr. §. 1. D. 26. 1. — const. 1. 3. C. 5. 60.

(*b*) §. 4. J. 1. 22. Die legitima tutela im engern Sinne, d. h. diejenige gesetzliche Tutel, die auf den zwölf Tafeln beruhte, hörte auch durch die minima capitis diminutio des Tutors auf. Ulp. XI. §. 9. — §. 4. J. cit. — (Ueber fr. 7. pr. D. 4. 5. s. Glück Th. 31. S. 141 ff. — Rudorff B. 3. S. 238. — Huschke im Rhein. Mus. B. 7. S. 148 ff. — Mühlenbruch §. 587. — v. Vangerow §. 288. — Puchta Pand. §. 345 Note *e*.) Heut zu Tage kann dieses nach gemeinem Rechte nur dann Anwendung leiden, wenn der Tutor wegen seiner Adoptivverwandtschaft berufen ist.

(*c*) §. 2. 5. J. 1. 22. — fr. 14. §. 3. 5. D. 26. 1.

(*d*) const. 2. 3. C. 5. 35. — Nov. 94. c. 2. — Nov. 118. c. 5.

§. 587.

B. Durch richterliches Erkenntniß.

Der Richter erkennt die Aufhebung der Tutel: 1. auf den Antrag des Tutors, wenn eine solche Excusation eintritt, die denselben auch von einer bereits übernommenen Tutel befreit (§. 574.); 2. gegen den Willen des Tutors, wenn ein Verdacht gegen denselben entsteht, daß er seine Pflichten nicht mit der gehörigen Treue erfüllt, oder wenn er auch nur Anlaß gibt, dieß zu fürchten (tutor suspectus), und seine Absetzung daher nothwendig, oder doch rathsam wird (*a*).

(*a*) §. 6. J. 1. 22. Der Römischen suspecti remotio, die nur bei einem Vormund, der zu administriren hat, also nicht bei dem ehemaligen Tutor einer mündigen Frauensperson, vorkommen konnte, ging gewöhnlich eine öffentliche Anklage (tutoris suspecti accusatio s. postulatio) voraus, jedoch war schon zur Zeit der spätern klassischen Juristen auch der Inquisitionsproceß zulässig. fr. 3. §. 4. 12. fr. 12. D. 26. 10. Nach den zwölf Tafeln wurde das Verfahren durch eine legis actio eingeleitet. pr. J. 4. 10. Später war es eine extraordinaria cognitio. fr. 1. §. 11. D. 48. 16. — inscr. fr. 6. 7. D. 26. 10. Der Abgesetzte hörte nach einem Senatusconsult nicht eher auf Vormund zu sein, als wenn ein anderer an seine Stelle ernannt war. Gaj. I. §. 182. S. überhaupt: Inst. I. 26. — Dig. 26. 10. — Cod. 5. 43. — Donelli comm. iur. civ. Lib. 3. cap. 10. 16. — Jo. Vollenhove de suspectis tutoribus et curatoribus: in Oelrichs nov. thesaur. Dissert. Belgicar. V. 1. T. 1. pag. 189. — Desid. d'Hauw Diss. de suspectis tutoribus et curatoribus. Brug. 1825. (Hepp in der Tüb. krit. Zeitschr. für RW. B. 4. S. 237.) — Glück Comm. Th. 31, S. 41 ff. — Zimmern RG. B. 1. §. 252. — Rudorff B. 3. §. 193—200.

Zweites Kapitel.

Von der Cura.

§. 588 a.

I. Begriff von Cura (*a*).

Cura s. Curatio, jetzt auch wohl Curatel genannt, ist die Jemanden durch das Gesetz oder die Obrigkeit aufgetragene Sorge für die Person oder die Angelegenheiten eines solchen, welcher aus einem besondern Grunde nicht fähig ist oder für nicht fähig erachtet wird, für sich selbst zu sorgen und sein Vermögen selbst zu verwalten (*b*). Derjenige, welchem diese Sorge übertragen wird, heißt der **Curator**. Er ist nie zum auctoritatem interponere berufen und dadurch von jeher wesentlich von jedem Tutor verschieden, wenn gleich in Beziehung auf die Vermögensverwaltung von ihm und dem Tutor eines Unmündigen im Ganzen dieselben Grundsätze gelten (*c*).

(*a*) Rudorff B. 1. §. 9. S. auch die oben bei §. 539 angef. Schriften.

(*b*) Dadurch, daß sie durch das Gesetz oder die Obrigkeit angeordnet wird, unterscheidet sie sich von der gewöhnlichen procuratio, welche in dem eigenen Auftrage desjenigen ihren Grund hat, der seine Geschäfte durch Andere besorgen oder sein Vermögen durch Andere verwalten läßt.

(*c*) Daher heißt es im fr. 13. pr. D. 27. 1.: „In paucissimis distant curatores a tutoribus."

§. 588 b.

II. Eintheilung der Cura.

In Rücksicht des Umfangs und Inhalts der cura unterscheidet man: 1. cura plena und minus plena, je nachdem sie ein volles Verwaltungsrecht, oder nur custodia bonorum, verbunden mit dem Rechte, Sachen, die sich nicht aufbewahren lassen, zu veräußern, ertheilt (*a*). 2. Cura personalis und cura bonorum s. realis; jene ist eine solche, die sich auf das leibliche Wohl und die persönlichen Bedürfnisse des Curanden bezieht, z. B. die cura ventris; diese hingegen hat es blos mit der Verwaltung des Vermögens zu thun. Daneben nimmt man auch wohl noch eine cura mixta an, in welcher beide Functionen vereinigt sind, wie z. B. die cura furiosi (*b*). 3. Cura generalis und specialis; jene bezieht sich auf das ganze Vermögen, diese nur auf einzelne Geschäfte des Curanden (curator ad hoc), z. B. ad litem, ad dotem constituendam, ad alimenta praestanda (*c*). 4. Cura voluntaria und necessaria, von denen jene nur auf das Gesuch des Curanden, diese aber auch wider und ohne dessen Willen angeordnet wird. Ein Beispiel der freiwilligen cura ist die Römische cura minorum (§. 594. 595.).

(*a*) fr. 48. D. 26. 7. — fr. 1. §. 17—24. D. 37. 9.

(*b*) fr. 7. pr. D. 27. 10.

(*c*) §. 2. J. 1. 23. — const. 3. C. 5. 44. — const. 28. C. 5. 12. — fr. 6. D. 27. 2. — Rudorff B. 1. S. 74.

§. 589.

III. Unfähigkeit und Excusationen der Curatoren.

Der Curator muß zur Uebernahme der Cura fähig sein; unter dieser Voraussetzung ist er aber auch zur Uebernahme verpflichtet, wofern er nicht eine Excusation geltend machen kann. In der einen, wie in der andern Hinsicht gilt von den Curatoren Alles, was oben §. 571—577. von den Tutoren gesagt worden ist, und nur das ist hier noch besonders zu bemerken, daß die Mutter und Großmutter nur zur Tutel ihrer unmündigen, nicht auch zur Cura ihrer minderjährigen Kinder und Enkel berechtigt sind (*a*), daß ferner der Mann und Bräutigam nicht Curator seiner Frau und Braut werden kann (*b*), und daß der bisherige Tutor eines Pupillen, nach beendigter Tutel, nicht Curator desselben zu werden braucht, wenn er nicht will (*c*).

(*a*) Zwar scheint Nov. 94. entgegenzustehen, allein man s. Marezoll in s. und Linde's Zeitschr. B. 5. S. 438.

(*b*) fr. 14. D. 27. 10. — const. 2. C. 5. 34. — fr. 1. §. 5. D. 27. 1. — Struben rechtl. Bed. Th. 4. nr. 45. — Rudorff B. 2. §. 72.

(*c*) §. 18. J. 1. 25.

§. 590.

IV. Delation der Cura.

Diejenigen Arten der Cura, die schon dem Rechte der zwölf Tafeln angehörten, wurden nach demselben unmittelbar durch das Gesetz deferirt (§. 592. 593.); alle später aufgekommenen aber waren von je her curae dativae (§. 594 ff.); auch wurden diejenigen, die ursprünglich nur als legitimae vorkamen, später in subsidium durch obrigkeitliche Bestellung deferirt, ja, die Delation durch das Gesetz verwandelte sich in eine obrigkeitliche Bestellung unter besonderer Berücksichtigung der nächsten Angehörigen. Bei den nämlichen Arten der Cura, bei welchen die Obrigkeit diese Rücksicht zu nehmen hat (*a*), legt ihr das neuere Recht vor Allem Berücksichtigung des von dem Vater oder von der Mutter im letzten Willen ausgesprochenen Wunsches auf (§. 592. 593.). Diejenige Obrigkeit, welche Tutoren ernennen kann, kann auch Curatoren bestellen (*b*).

(*a*) Außerdem auch bei der Cura über Minderjährige. fr. 1. §. 3. fr. 2. §. 1. D. 26. 3. — fr. 16. pr. §. 1. D. 27. 10. Heut zu Tage wird diese ganz wie die Tutel deferirt. S. §. 594. Note *h*.

(*b*) §. 1. J. 1. 23. Vergl. const. 7. §. 5. C. 5. 70.

§. 591.

V. Einzelne Fälle der Cura. A. Cura der Rasenden und Wahnsinnigen.

Rasende, Wahnsinnige und andere gemüthskranke Personen, welche sich nicht mehr in väterlicher Gewalt oder unter Tutel befinden, müssen einen Curator erhalten (*a*). Die cura furiosi, aber auch nur diese, war nach älterem Rechte eine legitime (nämlich ein Recht der nächsten Agnaten und Gentilen des Rasenden) (*aa*); im neueren Rechte hingegen ist sie auch auf andere gemüthskranke und geistesschwache Personen, die ihr Vermögen nicht selbst verwalten können (mente capti, fatui, dementes), ausgedehnt worden, ist aber jetzt immer eine dative (*b*), jedoch so, daß die Obrigkeit bei der Anordnung derselben ohne besondern Grund den vom Vater des Wahnsinnigen im Testamente angeordneten Curator, und in Ermangelung eines solchen die nächsten Verwandten des Wahnsinnigen nicht übergehen darf (*c*). Der ernannte Curator hat nicht blos für die Verwaltung des Vermögens, sondern auch für die Wiederherstellung des Rasenden und Wahnsinnigen Sorge zu tragen (*d*). Hat dieser lichte Zwischenräume, so bleibt während derselben das Amt des Curators suspendirt, und dieses erlischt ganz, sobald die Raserei oder der Wahnsinn ganz aufhört (*e*).

(*a*) fr. 3. pr. §. 1. D. 26. 1. — Dig. 27. 10. — Cod. 5. 70. — Huber digressiones Iustin. L. 3. c. 18. — Leyser med. ad Pand. spec. 347. — v. Berg jur. Beob. und Rechtsfälle Th. 3. S. 219 und 243. — Glück Comm. Th. 33. §. 1390—1398. — Zimmern RG. B. 1. §. 236. — Rudorff B. 1. §. 16.

(*aa*) Cicero de invent. 2. 50.: „ad agnatos gentilesque deducendus est." — Varro de re rust. 1. 2. — Ulp. XII. §. 2.

(*b*) §. 3. 4. J. 1. 23. — fr. 1. pr. D. 27. 10. — const. 1. C. 5. 70. — fr. 1. §. 11. fr. 2. D. 3. 1.

(*c*) fr. 16. D. 27. 10. — const. 7. §. 5. 6. C. 5. 70. — const. 27. C. 1. 4. — fr. 2. 4. D. 27. 10.

(*d*) fr. 7. pr. D. 27. 10.

(*e*) fr. 1. pr. D. 27. 10. — const. 6. C. 5. 70. — const. 5. C. 6. 36.

§. 592.

B. Cura der Verschwender.

Dem Rasenden wird in Beziehung auf Vermögensverwaltung der Verschwender (prodigus) gleich geachtet. Dafür ist jedoch juristisch nur derjenige zu halten, welchem von der Obrigkeit nach vorgängiger Untersuchung die eigene Verwaltung seines Vermögens untersagt worden ist (cui bonis interdictum est) (*a*). Nach dem älteren Rechte konnte dieses nur bei Demjenigen geschehen, der seinen Vater oder väterlichen Großvater ab intestato beerbt hatte, und alsdann fiel die Administration seines Vermögens nach den zwölf Tafeln auch seinen Agnaten und Gentilen zu; nach neuerem Rechte geschieht es auch ohne diese Voraussetzung, und alsdann muß die Obrigkeit einen Curator ernennen (*aa*), so wie da, wo sie den durch das Gesetz gerufenen, d. h. nach dem neuesten Römischen Rechte in der Regel den nächsten Verwandten, zu diesem Amte nicht ganz geeignet findet. Im Laufe der Zeit kamen über die Delation dieser cura überall dieselben Regeln zur Herrschaft, wie über die der cura furiosi (*b*). Ueber seine Person kann der prodigus frei verfügen, über sein Vermögen aber nur mit Zustimmung des Curators, ausgenommen, wenn er durch das Geschäft blos berechtigt wird (*c*). Die einmal angeordnete cura prodigi erlischt nicht eher, als bis die Obrigkeit das Interdict aufhebt und ihm die Selbstverwaltung seines Vermögens wieder gestattet (*d*).

(*a*) Ulp. XII. §. 2. Die formula interdictionis findet sich bei Paulus III. 4. A. §. 7. „Quando tibi bona paterna avitaque nequitia tua disperdis, liberosque tuos ad egestatem perducis; ob eam rem tibi ea re commercioque interdico." — Huber digressiones Lib. 3. c. 18. — F. Hoppe von den jurist. Verschwendern. Gießen 1803. — Klein Annalen B. 16. nr. 324. — v. Bülow und Hagemann prakt. Erört. B. 3. nr. 48. — R. J. U. Wael Diss. de prodigis. Gröning. 1806. — G. Th. J. Wicherlink de cura prodigorum. Lugd. Bat. 1821. — Gesterding Nachforsch. Th. 1. S. 45 und darüber Pfeiffer in der Tüb. krit. Zeitschr. für RW. B. 4. S. 413. — Zimmern RG. B. 1. §. 236. — Rudorff B. 1. §. 17.

(*aa*) Ulp. XII. §. 3.

(*b*) §. 3. J. 1. 23. — fr. 1. pr. §. 1. fr. 13. D. 27. 10. Vergl. auch: Dirksen über die zwölf Tafeln S. 379 ff. — Wenn ein Vater seinen großjährigen Sohn im Testamente für einen Verschwender erklärt und einen Curator für ihn ernennt, so muß die Obrigkeit denselben bestätigen. fr. 16. §. 1—3. ibid. — Struben rechtl. Bed. Th. 4. nr. 142.

(*c*) fr. 10. pr. D. 27. 10. — const. 3. C. 2. 22. — fr. 26. D. 18. 1. — fr. 6. D. 45. 1. — fr. 9. §. 7. D. 12. 1. — fr. 5. §. 1. D. 29. 2.

(*d*) A. M. ist zwar Hoppe §. 12. wegen fr. 1. pr. D. 27. 10. Allein man sehe: Voetii comm. ad. Pand. lib. 27. tit. 10. §. 7. — Rudorff B. 3. §. 203. Nr. 6.

§. 593.

C. Cura der Pupillen.

Pupillen bedürfen in der Regel keines Curators, weil sie einen Tutor haben, welcher zugleich für die Verwaltung ihres Vermögens zu sorgen hat (*a*). Doch leidet diese Regel folgende Ausnahmen: 1. wenn der Pupill ein rechtliches Geschäft mit seinem Tutor selbst abzuschließen oder einen Proceß mit demselben zu führen hat (*b*), oder sonstige Ansprüche unter beiden entstehen (*c*); 2. wenn die Entfernung gewisser Güter eine besondere Verwaltung derselben erfordert (*d*); 3. wenn der Tutor wegen eines temporären Hindernisses sein Amt nicht gleich antreten kann, oder wenn er von demselben suspendirt wird (*e*), oder wenn er dasselbe wegen Abwesenheit in Staats-

geschäften auf eine Zeit lang niederlegt (*f*); 4. wenn er eine Excusation vorschützt, oder als suspect angeklagt wird (*g*). In allen diesen Fällen wird dem Pupillen ein Curator bestellt, und nur bei einem solchen rechtlichen Geschäfte, welches er nothwendig selbst vornehmen muß, erhält er, wegen der dazu erforderlichen Ergänzung seiner Person, wenn sein ordentlicher Tutor einstweilen verhindert ist, einen Special-Tutor, welcher in einem solchen Falle als Ausnahme von der Regel ad certam causam bestellt werden kann, z. B. zur Antretung einer Erbschaft aus einem Testamente, in welchem dem Pupillen ein Tutor bestellt ist (*h*). Die cura pupillorum erlischt übrigens, sobald ihre Veranlassung aufhört (*i*).

(*a*) §. 5. J. 1. 23. — fr. 11. D. 26. 5. — Schweppe jur. Mag. St. 1. nr. 8. — v. Löhr von der Cura über Unmündige. Im Mag. B. 3. (1.) nr. 13. — Zimmern RG. B. 1. §. 238. — Rudorff B. 1. §. 12.

(*b*) §. 3. J. 1. 21. S. oben §. 584. Note *g*.

(*c*) Nov. 72. c. 2.

(*d*) fr. 21. §. 2. D. 27. 1.

(*e*) fr. 10. §. 7. 8. fr. 12. ibid.

(*f*) fr. 15. D. 26. 5.

(*g*) fr. 17. §. 1. D. 49. 1. — §. 7. J. 1. 26.

(*h*) fr. 17. §. 1. D. 49. 1. — fr. 19. D. 26. 8. — fr. 9. 13. pr. D. 26. 5.

(*i*) Z. B. §. 3. J. 1. 21. — fr. 10. §. 8. D. 27. 1.

§. 594.

D. Cura der Minderjährigen. 1. Fälle, wo sie eintritt (*a*).

Wer sui iuris und mündig, wenngleich noch minderjährig ist, kann der Regel des Römischen Rechtes nach alle rechtlichen Geschäfte giltig für sich allein vornehmen, er hat die eigene Administration seines Vermögens und diese kann ihm blos seines jugendlichen Alters wegen nicht entzogen und einem Curator übertragen werden (*b*). Nur bei einzelnen wichtigen Rechtsgeschäften muß auch dem Minderjährigen ausnahmsweise ein Curator beigeordnet werden, um dessen Interesse bei diesem Geschäfte wahrzunehmen. Dahin gehört: 1. wenn der Minderjährige einen Proceß zu führen hat (*c*); 2. wenn er eine Zahlung von seinem Schuldner in Empfang nehmen will (*d*); 3. wenn sein bisheriger Tutor die Vormundschaftsrechnung ablegen soll (*e*). Diese Fälle ausgenommen, erhält der Minderjährige nur dann einen Curator für die Verwaltung seines Vermögens, wenn er selbst sich einen solchen von der Obrigkeit erbittet (*f*), den er dann aber auch bis zu seiner Volljährigkeit behalten muß (*g*) (*h*).

(*a*) Einen Unterschied zwischen maiores und minores XXV. annis führt zuerst die lex Plaetoria aus dem sechsten Jahrhundert d. St. ein. Sie bedroht Denjenigen, welcher einen Minderjährigen betrügt, mit einer öffentlichen Strafe, schützt den Minderjährigen gegen die nachtheiligen Folgen eines Betruges und gestattet ihm, in gewissen Fällen sich einen Curator von der Obrigkeit zu erbitten. Vielleicht war dies ein Specialcurator für ein einzelnes Geschäft; vielleicht sollten die beiden ersten Vorschriften ausschließlich oder vorzugsweise da zur Anwendung kommen, wo der Minderjährige ohne den Beistand eines Curators gehandelt hatte. Die Bestimmungen der lex Plaetoria kamen später außer Gebrauch durch noch durchgreifendere neue Anordordnungen, die sich großentheils auch nur auf Minderjährige beziehen. Gegen den Betrug wurde von dem Prätor ohne Unterschied des Alters des Betrogenen die doli actio und exceptio eingeführt (§. 205 b.) und der Minderjährige wurde durch die

prätorische in integrum restitutio gegen nachtheilige Rechtsgeschäfte u. s. w. geschützt, auch wenn er nicht durch Betrug dazu bestimmt worden war (§. 205 c. ff.). Curatoren, und zwar generelle, sollen sich die mündigen Minderjährigen, die sui iuris sind, nach einer Verordnung von Mark Aurel auch ohne besondere Veranlassung erbitten können. CAPITOLINUS in vita Marci c. 10. Dazu kamen noch die im Texte erwähnten besonderen Vorschriften. So kam es denn, daß schon bei den Römern unter den späteren heidnischen und unter den christlichen Kaisern die mündigen Minderjährigen, die sui iuris waren, sich regelmäßig Curatoren bestellen ließen, wiewohl es an zahlreichen Ausnahmen nicht fehlte. — Ueber die Geschichte dieser Lehre: HUBER digressiones Lib. 3. c. 17. — HETZER ad legem Laetoriam (richtiger: Plaetoriam); in FELLENBERG iurispr. ant. T. 2. Nr. 21. — HOEPFNER de lege Laetoria et cura minorum. Giess. 1778. — CHR. M. VAN BOELEN Diss. de lege Laetoria et constitutione D. Marci de cura minorum. Gröning. 1828. — Hugo RG. S. 394. — Zimmern RG. B. 1. §. 237. — Glück Comm. Th. 29. S. 473. Th. 30. S. 3 ff. — Rudorff B. 1. §. 13. 14. 56. — v. Savigny von dem Schutz der Minderjährigen im Röm. Recht, und insbesondere von der Lex Plaetoria; in den Abh. der Academie von 1833. Berl. 1835. S. 1—39 der historisch-philol. Klasse, ferner mit Zusätzen und Abänderungen in der Zeitschr. für geschichtl. RW. B. 10. Nr. 3 und endlich in s. verm. Schriften B. 2. Nr. 18. Vergl. auch Burchardi von der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. Gött. 1831. §. 13.

(*b*) §. 2. J. 1. 23. — fr. 13. §. 2. D. 26. 5.

(*c*) §. 2. J. cit. — const. 1. C. 5. 31. — const. 11. C. 5. 34.

(*d*) fr. 7. §. 2. fr. 27. §. 1. 2. fr. 32. D. 4. 4.

(*e*) const. 7. C. 5. 31. Vergl. fr. 5. §. 5. D. 26. 7.

(*f*) pr. J. 1. 23. vergl. mit §. 2. J. ibid. — fr. 13. §. 2. D. 26. 5. — fr. 2. §. 4. 5. D. 26. 6. — fr. 43. §. 3. D. 3. 2. — const. 6. C. 5. 31.

(*g*) fr. 1. §. 3. D. 4. 4.

(*h*) Nach den deutschen Reichsgesetzen sollen alle mündige Minderjährige bis zu ihrer Volljährigkeit Vorsteher zur Verwaltung ihres Vermögens erhalten. Reichs-Polizei-Ordnung v. 1577. Tit. 32. §. 1. Damit hat also die cura minorum aufgehört, eine voluntaria zu sein. Auch wird sie gerade ebenso deferirt wie die tutela impuberum. Dies darf man aber nicht so verstehen, als ob dadurch die Römische tutela mit allen ihren Wirkungen jetzt bis zur Volljährigkeit des Mündels ausgedehnt worden sei. Vielmehr besteht nach gemeinen Rechten der Unterschied zwischen impuberes und puberes minores auch jetzt noch und es gelten in Ansehung der zu ihren rechtlichen Geschäften erforderlichen auctoritas tutoris und consensus curatoris noch immer die Grundsätze des Römischen Rechts, so lange nicht Particulargesetze die Minderjährigen den Unmündigen ganz gleich stellen, wo dann aber auch zwischen auctoritas tutoris und consensus curatoris kein Unterschied mehr ist. Vergl. Allg. Preuß. Landrecht Th. 1. Tit. 5. §. 10—19. Th. 2. Tit. 18. §. 244. — Frankfurter Reformation Th. 2. Tit. 1. §. 2. Ueber die verschiedenen Ansichten s. die oben §. 569 angeführten Schriften von Meyer und Zöpfl, ferner: Glück Th. 30. S. 52 ff. — Rudorff B. 1. §. 15. B. 2. §. 123. S. 291. — v. Savigny a. a. O. (verm. Schriften S. 392 ff.) — Kraut Vormundsch. B. 2. S. 96 ff. — Sintenis das prakt. Civilr. B. 3. §. 145.

§. 595.

2. Wirkung derselben.

Wenn aber auch ein Minderjähriger auf sein Gesuch einen beständigen Curator für die Verwaltung seines Vermögens erhalten hat, so kann er demungeachtet sich und sein Vermögen noch immer durch Verträge und andere rechtliche Geschäfte auch ohne Consens des Curators verpflichten (*a*). Ein solches Geschäft ist alsdann, blos wegen fehlender Zustimmung des Curators, nicht ipso iure ungiltig, der Minderjährige kann aber, wenn er dadurch verletzt ist, seines minderjährigen Alters wegen in integrum restitutio dagegen nachsuchen und diese wird ihm selbst dann ertheilt, wenn auch der Curator ein-

gewilligt haben sollte (*b*). Nur wenn er seine Sachen verkaufen oder verpfänden (*c*), oder ein solches Geschäft vornehmen will, zu welchem jeder Minderjährige nach gesetzlicher Vorschrift einen Curator haben muß (§. 594.), ist die Einwilligung des Curators zur Giltigkeit desselben nothwendig erforderlich. In Ermangelung derselben ist daher das Geschäft ipso iure zu seinen Gunsten ungiltig, so daß es keiner Restitution dagegen bedarf; hat aber der Curator consentirt, so ist es für den Minderjährigen dem strenge Rechte nach verbindlich, jedoch kann er, wenn er verletzt ist, in integrum restitutio dagegen nachsuchen (*d*).

(*a*) fr. 101. D. 45. 1. — fr. 20. §. 1. D. 34. 3. vergl. mit fr. 43. D. 44. 7. — fr. 16. pr. D. 4. 4. — fr. 3. §. 2 D. 14. 6. — fr. 2. §. 1. D. 50. 12. — const. 12. C. 6. 30. — S. besonders: Höpfner Comm. §. 737. Not. 1. — Marezoll in s. und Linde's Zeitschr. B. 2. S. 374. — Rudorff B. 2. S. 284 ff. — v. Savigny a. a. O. (verm. Schriften S. 384 ff.) A. M. schon hinsichtlich des Röm. Rechtes: Puchta Pand. §. 51. — Mühlenbruch Pand. §. 191. — Sintenis Civilr. B. 3. §. 145. Und hinsichtlich des heutigen Rechtes: v. Savigny a. a. O. S. 392 ff. Vergl. Kraut B. 2. S. 97 ff.

(*b*) fr. 1. fr. 29. pr. fr. 47. D. 4. 4. — const. 3. 4. 5. C. 2. 22. — Cod. 2. 25. Das Nähere darüber s. oben §. 205 c. — 205 e.

(*c*) const. 3. C. 2. 22. Der Curator selbst ist bei Veräußerung der unbeweglichen und der diesen gleich geachteten Sachen des Minderjährigen an dieselben gesetzlichen Bestimmungen gebunden, wie der Tutor bei Veräußerung der Pupillengüter. fr. 1. D. 27. 9. S. darüber unten §. 600.

(*d*) fr. 7. §. 2. fr. 32. D. 4. 4. — const. 11. C. 5. 34. — const. 2. C. 2. 25.

§. 596.

3. Ende derselben.

Die Cura der Minderjährigen hört auf: 1. wenn der Minderjährige oder der Curator stirbt (*a*); 2. wenn jener irgend eine, dieser eine maxima oder media capitis deminutio erleidet (*b*); 3. wenn der Minderjährige volljährig wird, oder venia aetatis erlangt (*c*); 4. wenn der Curator wegen einer ihm zustehenden Excusation von der Cura entbunden, oder 5. wenn er als suspect removirt wird (*d*); endlich 6. wenn der Curator nur ad diem, oder ad conditionem, oder ad certam causam bestellt war, und die Zeit, oder die Bedingung eingetreten, oder das Geschäft vollendet ist (*e*).

(*a*) arg. §. 3. J. 1. 22.

(*b*) arg. §. 1. 4. J. ibid.

(*c*) pr. J. 1. 23. — const. 2. C. 2. 45. S. oben §. 126. Not. *aa*.

(*d*) arg. §. 6. J. 1. 22.

(*e*) arg. §. 2. 5. J. ibid. — §. 3. J. 1. 21. — fr. 10. §. 8. D. 27. 1.

§. 597.

E. Cura preßhafter Personen.

Auch preßhafte Personen, d. h. solche, welche an einem fortdauernden Gebrechen, oder an einer langwierigen Krankheit leiden und deshalb außer Stande sind, ihr Vermögen selbst zu verwalten, können einen Curator bekommen, jedoch in der Regel nur auf ihr Verlangen und nur auf so lange, als sie ihn nöthig haben (*a*).

(*a*) §. 4. J. 1. 23. — fr. 2. D. 27. 10. — Rudorff B. 1. §. 18. — Roßhirt in s. Zeitschr. B. 2. S. 135 ff.

§. 598.

F. Andere Vermögensverwaltungen.

Endlich kommen im Römischen Rechte noch folgende Vermögensverwaltungen vor: 1. die cura bonorum eines in Concurs gerathenen Schuldners (*a*); 2. die cura ventris et bonorum, welche, wenn eine Ehefrau beim Tode ihres Mannes schwanger ist, angeordnet wird, damit für die persönlichen Bedürfnisse derselben und die Verwaltung des Vermögens gesorgt werde, welches dem Embryo einst gehören wird (*b*); 3. die cura bonorum ex edicto Carboniano, welche angeordnet wird, wenn Jemand dem unmündigen angeblichen Kinde des Erblassers sein Erbrecht aus dem Grunde bestreitet, weil es nicht Kind des Erblassers sei, dem Unmündigen aber die bonorum possessio Carboniana ertheilt und der Rechtsstreit bis zu seiner Mündigkeit aufgeschoben wird. Wird hier weder von dem Unmündigen noch von seinem Gegner die erforderliche Proceßcaution gestellt, so wird die Administration der streitigen Erbschaft oder Erbportion einstweilen einem besonders zu ernennenden Curator übertragen (*c*). 4. Die cura hereditatis iacentis, oder die Verwaltung einer Erbschaft, über deren Annahme oder Ausschlagung der Erbe sich noch nicht erklärt hat (*d*); 5. Die cura bonorum absentis, oder die Verwaltung des Vermögens eines Abwesenden, wenn dieser keinen Bevollmächtigten zurückgelassen hat (*e*).

(*a*) fr. 2. pr. D. 42. 7. S. §. 484 g. und 484 h. — Rudorff B. 1. §. 21.

(*b*) fr. 1. §. 17—24. D. 37. 9. — fr. 20. pr. D. 26. 5. — fr. 8. D. 27. 10. — fr. 48. D. 26. 7. — Rudorff B. 1. §. 10.

(*c*) Dig. 37. 10. — Rudorff B. 1. §. 11.

(*d*) fr. 3. D. 27. 10. — fr. 1. §. 4. in fin. D. 50. 4. — fr. 22. §. 1. D. 42. 5. — Rudorff B. 1. §. 22.

(*e*) fr. 1. §. 4. D. 50. 4. — fr. 22. §. 1. D. 42. 5. — fr. 15. pr. D. 4. 6. — const. 3. C. 8. 51. — Leyser med. ad Pand. spec. 97. — C. F. J. Schorch mediat. in quibus praecipua capita doctrinae de cura bonor. absentis examinantur. Lips. et Frfti. 1761. — Henr. Chr. Motz selecta capita doctrinae de cura bonorum absentis. Marb. 1785. — Pfeiffer prakt. Ausführungen Bd. 2. S. 236. B. 4. S. 351 ff. — Glück Comment. B. 33. S. 259 ff. — Rudorff B. 1. §. 19. 20. — Kraut Vormundsch. B. 2. S. 217 ff. — Bruns in Bekker's Jahrb. B. 1. Nr. 5. S. 95 ff. — Steinberger im Rechtslex. B. 12. S. 695 ff.

Drittes Kapitel.

Von der Vermögensverwaltung des Tutors und Curators.

§. 599.

I Pflichten des Tutors und Curators bei Antretung der Vermögensverwaltung.

Der Tutor eines Unmündigen sowohl als der Curator hat das Recht und die Pflicht, das seiner Sorge anvertraute Vermögen zu verwalten (*a*). In dieser Beziehung ist jeder Tutor und Curator, selbst die Mutter, wenn sie die Vormundschaft über ihre Kinder übernimmt, gleich bei Antretung der tutela oder cura verpflichtet, ein Inventar über das zu verwaltende Vermögen aufnehmen zu lassen, ausgenommen wenn derjenige, von welchem der Mündel das Vermögen erbte, sei dieß nun der Vater oder ein Anderer, die

Inventarisirung desselben ausdrücklich verboten hat. Doch kann selbst der Vater des Mündels es nur dann verbieten, wenn er demselben Etwas hinterlassen hat (*b*). Unterläßt der Tutor oder Curator die Aufnahme eines Inventars, so ist er für allen Schaden verantwortlich und kann den Umständen nach als suspect removirt werden (*c*).

(*a*) Dig. 26. 7. — Cod. 5. tit. 37. 38. 55. — Donelli comm. iur. civ. Lib. 15. c. 18—22. — Glück Comm. Th. 30. §. 1328—1336. — Rudorff B. 2. §. 132 ff.

(*b*) const. ult. §. 1. C. 5. 51. vergl. mit const. 22. C. 5. 37. — Nov. 117. c. 1. Marezoll in Löhr's Mag. B. 4. (2.) S. 394.

(*c*) fr. 1. §. 1. fr. 7. pr. D. 26. 7. — const. 24. C. 5. 37. — v. Bülow und Hagemann prakt. Erört. B. 2. nr. 37. §. 2.

§. 600.

II. Während der Verwaltung.

Bei der Verwaltung des Vermögens seines Mündels hat der Tutor sowohl, als der Curator: 1. für die Erhaltung, Vermehrung und bestmöglichste Benutzung desselben Sorge zu tragen (*a*). In dieser Hinsicht ist er verpflichtet, auf das von ihm zu verwaltende Vermögen dieselbe Sorgfalt zu verwenden, wie auf sein eigenes; er haftet also für jeden Schaden, welcher aus der Unterlassung dieser Sorgfalt entsteht (*b*), nicht aber auch für das Versehen seines Vorgängers und eben so wenig für den blos zufälligen Schaden (*c*). Er muß ferner 2. aus dem Vermögen seines Mündels alle Ausgaben bestreiten, welche daraus bestritten werden müssen, wohin insbesondere die Erziehungskosten und die Schulden gehören (*d*); Geschenke darf er aber nicht machen, außer wenn der Anstand sie fordert, oder um dürftige Geschwister des Mündels zu alimentiren (*e*). 3. In Ansehung der Veräußerung des Vermögens seines Mündels (*f*) ist er an folgende Vorschriften gebunden: a) Sachen, welche sich nicht aufbewahren lassen, darf er nicht blos veräußern, sondern er muß sie veräußern, widrigenfalls er den aus dem Verderb derselben entstehenden Schaden zu ersetzen verpflichtet ist (*g*). b) Unbewegliche Sachen hingegen, und solche bewegliche Sachen, welche sich aufbewahren lassen, darf er in der Regel nur dann veräußern oder verpfänden, wenn dieß durchaus nothwendig ist, um dringende Schulden zu bezahlen (*h*), und die Obrigkeit, nach vorher angestellter Untersuchung der Umstände, durch ein Decret ihre Zustimmung gegeben hat (*i*), ausgenommen in folgenden Fällen: wenn der Vater des Pupillen die Veräußerung einer Sache im Testamente, oder wenn der Regent dieselbe durch ein Rescript erlaubt hat (*k*); wenn ein Dritter dieselbe zu verlangen berechtigt ist (*l*); wenn der Vormund eine schon verpfändete Sache des Pupillen demjenigen verpfändet, welcher Geld zur Abfindung des frühern Pfandgläubigers hergibt, vorausgesetzt, daß die neue Verpfändung unter keinen nachtheiligeren Bedingungen erfolgt, als die bei der früheren Verpfändung stattfanden (*m*); wenn er eine dem Pupillen verpfändete Sache zum Verkaufe bringt (*n*); wenn er Gelder zahlt, ausleiht, oder auf Anschaffung von Sachen verwendet (*o*), und wenn er gerichtliche Caution für den Pupillen bestellen muß (*p*). Außer diesen Fällen ist jede ohne gerichtliches Decret vorgenommene Veräußerung nichtig (*q*) und kann als solche von dem Bevormundeten angefochten werden, wo dieser aber den Beweis der Unförmlichkeit führen muß (*r*), dann aber auch dem dritten Erwerber

nicht mehr zu vergüten braucht, als erweislich zu seinem Vortheile verwendet worden ist (*s*). Die aus dem Mangel eines gerichtlichen Decrets entstehende Nichtigkeit hört auf, wenn die Veräußerung vom Minderjährigen nach erlangter Volljährigkeit genehmigt, oder, im Fall sie eine onerose war, binnen fünf Jahren nach erlangter Volljährigkeit nicht angefochten wird; denn Schenkungen kann ein Minderjähriger oder dessen Curator selbst nicht mit gerichtlichem Decrete machen; daher bedarf es für den Beschenkten, um die geschenkten Sachen als unwiderrufliches Eigenthum zu besitzen, der gewöhnlichen Verjährung, die aber erst von der Zeit der erlangten Volljährigkeit des Minderjährigen ihren Anfang nimmt (*t*).

(*a*) fr. 3. pr. fr. 7. §. 3. fr. 13. §. 1. fr. 15. fr. 32. §. 1. 2. fr. 46. §. 7. D. 26. 7. — const. 22. 24. C. 5. 37. — Cod. 5. 56. — Nov. 72. c. 6—8. — Gesterding: Kann ein Vormund Grundstücke des Mündels über die Dauer der Vormundschaft vermiethen oder verpachten? Im Arch. für civ. Pr. B. 4. S. 1 und in dessen Nachforschungen Th. 3. S. 1. — Derselbe von der Verantwortlichkeit des Vormundes in Ansehung ausstehender, zum Vermögen des Mündels gehörender Forderungen; im Arch. für civ. Pr. B. 2. S. 234. und in Dessen Nachforschungen Th. 3. S. 7. — Marezoll über die Verbindlichkeit der Vormünder, die Mündel-Capitalien verzinslich auszuleihen; im Arch. für civ. Pr. B. 9. S. 36. (Darüber: Puchta in Schunck's Jahrb. B. 5. S. 276 und Hepp in der Tüb. krit. Zeitschr. B. 3. S. 29.) — Glück Comm. Th. 30. S. 316. — Uebrigens kann sich der Vormund von den Geldern seines Pupillen selbst ein Capital als Darlehn verzinslich zuschreiben, fr. 9. §. 7. D. 26. 7 und wenn alsdann Concurs über sein Vermögen entsteht, so ist die Forderung des Pupillen nach der vom Vormunde bei Antretung seines Amts bestellten oder gesetzlich eintretenden Hypothek (§. 313. Nr. 7.) zu classificiren. — Spangenberg prakt. Erört B. 1. S. 92.

(*b*) fr. 1. pr. D. 27. 3. Vergl. fr. 10. fr. 33. pr. D. 26. 7. — const. 7. C. 5. 51. — Löhr Theorie der Culpa S. 168. — Hasse die Culpa des Röm. Rechts §. 71—75 und im Anhange S. 601. — Ueber den Fall, wenn mehrere Vormünder das Vermögen verwaltet haben, s. man: fr. 3. fr. 4. fr. 55. pr. D. 26. 7. — const. 2. C. 5. 52. — v. Bülow und Hagemann prakt. Erört. B. 3. Nr. 4. — Löhr im Arch. für civ. Praxis B. 11. S. 15.

(*c*) const. 4. C. 5. 38. Vergl. jedoch fr. 37. §. 1. D. 3. 5. — fr. 35. D. 12. 1. — fr. 4. D. 27. 8 und Marezoll a. a. O.

(*d*) fr. 9. §. 5. fr. 13. §. 2. D. 26. 7. — const. 1. 2. C. 5. 50.

(*e*) fr. 22. fr. 46. §. 7. fr. 12 §. 3. D. 26. 7. — fr. 12. §. 3. fr. 13. §. 2. D. ibid. — fr. 1. §. 4. 5. D. 27. 3.

(*f*) Ein unter Sept. Severus und Antoninus Caracalla im J. 195 auf eine oratio des Ersteren erfolgtes Senatusconsult verbot zuerst in Rom die Veräußerung der praedia rustica und suburbana der Unmündigen und Minderjährigen auf die im Texte angegebene Weise. Dieses Verbot wurde dann durch die Interpretation auf das ganze Reich, auf andere Curanden und auf iura praediorum, die veräußert oder constituirt werden und durch eine neue Verordnung von Constantin auf andere Sachen ausgedehnt. Justinian fügte noch einige nähere Bestimmungen hinzu. S.: Dig. 27. 9. — Cod. 5. tit. 71—74. — Cod. Theod. 3. 21. — Haubold histor. iuris civilis romani de rebus eorum, qui sub tutela vel cura sunt, sine decreto non alienandis. Lips. 1798. et in *Eiusd.* opusc. ed. Wenck et Stieber Vol. II. p. 159. Dazu: Wenck in praef. p. XXVIII. — Glück Comm. Th. 32. §. 1381. Th. 33 §. 1382—1389. Vergl. Dirksen über die Bedeutung von praedia suburbana: in Dessen Vers. zur Kritik der Quellen des Röm. R. S. 95. — Zimmern RG. B. 1. §. 246. — Rudorff B. 2. §. 139 ff. — Bachofen ausgewählte Lehren S. 119 ff.

(*g*) const. 22. in fin. C. 5. 37. Vergl. const. 28. §. 5. C. ibid. — const. 4. C. 5. 72. — fr. 7. §. 1. D. 26. 7.

(*h*) fr. 5. §. 14. D. 27. 9. — const. 12. C. 5. 71.

(*i*) const. 22. C. 5. 37. — const. 13. C. 5. 71.

(*k*) fr. 1. §. 2. 3. fr. 14. D. 27. 9. — const. 2. 3. C. 5. 72.

(*l*) fr. 1. §. 2. fr. 5. §. 6. D. 27. 9. — const. 2. 15. 17. C. 5. 71. — const. 1. C. 5. 72.

(*m*) fr. 7. §. 5. 6. D. 27. 9.

(*n*) fr. 5. §. 3. D. ibid.

(*o*) const. 23. 24. C. 5. 37.

(*p*) const. ult. §. 3. C. ibid.

(*q*) const. 14. 15 16. C. ibid. — fr. 5. §. 15 D. 27. 9. — Cod. 5. 73.

(*r*) fr. 1. § 2. fr. 5. §. 15. D. ibid. — const. 2. C. 5. 73. — arg. fr. 5. §. 1. D. 22. 3. Nicht entgegen steht fr. 13. §. 2. D. 6. 2. — Weber von der Beweisführung S. 287. — Löhr im Mag. B. 3. (1.) S. 514 A. M. ist Gesterding Nachforschungen Th. 3. S. 17.

(*s*) const. 10. 16 C. 5. 71. — const. 16. C. 5. 37. — fr. 10. D. 27. 9.

(*t*) const. 2. 3 C. 5. 74. Die const. 3. cit. wird sehr verschieden erklärt. Man s. darüber: L W. DE WEYHE comm. de tempore praescriptionis ex alienatione rerum, quae minorum sunt. Götting. 1810. — v. Bülow Abh. Th. 1. nr. 10. — Marezoll im Arch. für civ. Pr. B. 8. S. 279. — Unterholzner Verjährungslehre B. 2. S. 43. — v. Buchholtz jur. Abh. Nr. 19. — Rudorff B. 2. S. 442 ff

§. 601.

III. Nach beendigter Verwaltung.

Nach beendigter Tutel oder Cura ist der Tutor oder Curator Rechnung von seiner Verwaltung abzulegen verpflichtet (*a*). Von dieser Pflicht kann er weder vom Vater des Mündels, noch vom Regenten dispensirt werden, wohl aber kann sie ihm der gewesene Mündel selbst erlassen (*b*). Wird die Rechnung diesem letztern selbst während seiner Minderjährigkeit abgelegt, so ist ihm zu dem Ende ein Curator beizuordnen (*c*). Bei der Rechnung ist das Inventar zum Grunde zu legen und Einnahme und Ausgabe genau zu specificiren, so wie jeder einigermaßen bedeutende Posten der letztern mit Quittungen zu belegen. Nach Abschluß der Rechnung hat der Tutor oder Curator das, was vom Vermögen noch übrig ist, und zwar mit Zinsen vom Tage des Abschlusses an, zu restituiren. Zur Sicherheit wegen der treuen Verwaltung der Tutel oder Cura, und wegen der Herausgabe des Vermögens, so wie wegen des vom Tutor oder Curator etwa zu leistenden Schadenersatzes, hat der Pupill, der Minderjährige und der Wahnsinnige, nicht aber auch der Verschwender, Kranke und Abwesende, eine gesetzliche Hypothek an dem ganzen Vermögen des Vormundes (*d*). Auch ist noch zu bemerken, daß es dem Vormunde, und zwar bei Strafe der Fälschung, verboten ist, vor abgelegter Rechnung irgend einen Contract mit dem Fiscus abzuschließen (*e*).

(*a*) Dig. 27. 3. Nach Römischem Rechte braucht der Tutor und Curator erst am Ende der Tutel oder Cura Rechnung abzulegen. fr. 4. pr. D. ibid. — const. 14. C. 5. 37. — Heut zu Tage ist er alle Jahre Rechnung abzulegen verpflichtet, und wird ihm diese von der Obrigkeit, die ihn bestellte, abgenommen. Reichs-Polizei-Ordnung von 1577. Tit. 32. § 3.

(*b*) fr. 9. fr. 20. §. 1. fr. 28. §. 4. fr. 31. §. 2. D. 34. 3 und über die beiden letzten Stellen: BERN. KOEHLER interpret. et emendat. iur. Rom. Lips. 1792 p. 11.

(*c*) §. 2. J. 1. 23. — fr. 9. §. 4. D. 27. 3. S. oben §. 594.

(*d*) const. 20. C. 5. 37. — const. un. §. 1 C. 5. 13. — const. 7. §. 5. C. 5. 70. — Nov. 118. c. 5. in fin — Vergl. §. 313. Note *l*. und §. 484 i. Note *l*.

(*e*) fr. 1. §. 9–12. D. 48. 10. — fr. 49. D. 19. 2. — const. un. C. 5. 41. — Marezoll in s. und Linde's Zeitschr. B. 3. S. 355.

§. 602.

IV. Klagen aus der Verwaltung.

Aus der Verwaltung einer Tutel entsteht zwischen dem Pupillen und Tutor: 1. Eine obligatio quasi ex contractu (§. 457). Der Pupill hat aus diesem Grunde die directa tutelae actio, mit welcher er den Tutor auf die Erfüllung seiner Pflichten, besonders in Ansehung der Vermögensverwaltung, belangen kann, wogegen dem Tutor die contraria tutelae actio zusteht, um Schadloshaltung für dasjenige zu erlangen, was er aus seinem Vermögen zum Vortheil des Pupillen aufgewendet hat (*a*). Bei der cura findet eine ähnliche Klage auf beiden Seiten Statt; diese wird als utilis curationis causa actio bezeichnet. Es ist offenbar die directa und contraria negotiorum gestorum actio, aber mit der Eigenheit, daß die Regeln über die tutelae actio darauf analog anzuwenden sind (*b*). Gegen einen Protutor hat der Pupill die directa, und jener gegen diesen die contraria protutelae actio (*c*). 2. Hat der Tutor oder Curator von dem Vermögen des Pfleglings etwas unterschlagen, so kann er mit der actio de rationibus distrahendis auf doppelte Erstattung des Unterschlagenen in Anspruch genommen werden (*d*).

(*a*) §. 2. J. 3. 27. (28). — Dig. 27. tit. 3. u. 4. — Cod. 5. tit. 51—54. — Glück Comm. Th. 32. S. 174 ff.

(*b*) fr. 1. §. 2. D. 27. 4. — fr. 16. §. 1. D. 27. 3. — const. 3. C. 5. 51. — Rudorff B. 3. §. 154.

(*c*) Dig. 27. 5. Der protutor hat bei der Vermögensverwaltung im Allgemeinen dieselben Rechte und Pflichten, wie der wahre Tutor. Er haftet also, wie dieser, für dolus, culpa und diligentia quam in suis rebus, vorausgesetzt, daß er animo tutoris handelte, denn sonst ist er blos als negotiorum gestor zu betrachten und haftet als solcher für diligentia schlechthin. fr. 1. §. 1. 6. fr. 4. D. 27. 5. — Zimmern im Arch. für civ. Pr. B. 1. Nr. 19. — Rudorff B. 3. §. 157.

(*d*) Schon nach den zwölf Tafeln. fr. 1. §. 19—24. fr. 2. D. 27. 3. — PAULUS II. 30. — Thibaut civ. Abh. S. 196.

Viertes Buch.

Erbrecht.

Ueber das ganze Erbrecht: Donelli comm. iur. civ. Lib. VI. VII. VIII. IX. cap. 1—4. — Lud. Godfr. Madihn principia iuris Romani de successionibus seu de iure hereditario. Francof. ad Viad. 1787. Ed. rep. prael. 1792. — C. Fr. von Dalwigk Versuch einer philos.-jurist. Darstellung des Erbrechts, 3 Thle., Wiesbaden 1820—1822. — Ed. Gans, das Erbrecht in weltgeschichtlicher Entwickelung oder das römische Erbrecht in seiner Stellung zum vor- und nachrömischen. B. 1. u. 2. Berlin 1824—1825. B. 3. u. 4. Stuttg. und Tübingen 1829 u. 1835. — Adolph Carl Heinrich von Hartitzsch das Erbrecht nach römischen und heutigen Rechten. Leipzig 1827. — J. F. Hunger das Röm. Erbrecht. Erl. 1834. — M. S. Mayer die Lehre von dem Erbrecht. Th. 1. Berl. 1840. — F. W. K. Beckhaus Grundzüge des Röm. Erbrechts. Jena 1860. — F. H. Vering Römisches Erbrecht in historischer und dogmatischer Entwicklung. Heidelb. 1861. — C. F. A. Köppen System des heutigen Röm. Erbrechts. 1. Lief. Jena 1862. — Theod. Schirmer Handb. des Röm. Erbrechts. 1. Th. (die allg. Lehren und das Intestaterbrecht enthaltend) Leipz. 1863. — v. Vangerow Lehrb. der Pand. B. 2. — Sintenis das gemeine prakt. Civilr. B. 3. §. 158 ff. — v. Keller Pand. §. 455 ff.

Erster Abschnitt.

Allgemeine Vorkenntnisse (*a*).

§. 603.

I. Succession überhaupt.

Succession überhaupt heißt jedes Eintreten in Rechtsverhältnisse eines Andern. In Beziehung auf das Vermögen ist sie entweder eine successio inter vivos, oder mortis causa, je nachdem man in Vermögensverhältnisse eines Lebenden oder eines Verstorbenen eintritt. Die eine, wie die andere, ist sodann wiederum entweder eine successio per universitatem (s. g. succ. universalis), oder in singulam rem (s. g. succ. singularis) (*b*). Hier ist von keinen andern Successionen die Rede, als von denjenigen, welche *mortis causa* Statt finden (*c*).

(*a*) C. Fr. Roßhirt Einleitung in das Erbrecht und Darstellung des ganzen Intestat-Erbrechts, besonders nach Römischen Quellen. Landshut 1831. §. 1—10.

(*b*) Ueber diese Begriffe s. oben §. 178. Nur ist dort nicht herausgehoben, daß das Römische Recht auch Universalsuccessionen kennt, durch welche man nur in das Activvermögen, nicht auch in die Schulden, eines Andern eintritt. Uebrigens kommt im Justinianeischen Rechte nur noch der eine Fall dieser Art vor, wenn ein freier Mensch in Sclaverei verfällt. Wie es hier mit den Schulden stand, darüber s. z. B. fr. 7. §. 2. D. 4. 5.

c) Wir beschränken uns aber nicht auf eigentliche Successionen in Rechtsverhältnisse des Verstorbenen. S. §. 610 am E.

§. 604.

II. Erbschaft und Erbfolge.

Mit dem Tode eines Menschen erlöschen zwar seine Status- und Familienrechte, aber nicht auch seine Vermögensrechte, sondern diese gehen in der Regel auf andere Personen über. 1. Das Vermögen eines Verstorbenen, als ein juristisches Ganze (als universitas) gedacht, heißt die Erbschaft desselben, hereditas im objectiven Sinne, oder patrimonium defuncti, bona defuncti, universum ius defuncti (*), oder auch wohl familia (*a*). Zu der Erbschaft gehören also nicht blos die Rechte an Sachen und die Forderungen, welche der Verstorbene hatte, sondern auch seine Schulden (*b*); ausgenommen davon sind indeß die höchst persönlichen Rechte und Schulden des Verstorbenen. Diese erlöschen mit seinem Tode (*c*). 2. Das Recht eines Ueberlebenden an dem Nachlaß eines Verstorbenen heißt das Erbrecht; derjenige, dem es zusteht, heißt der Erbe, und das wirkliche Eintreten in die Rechtsverhältnisse des Verstorbenen die Erbfolge, successio in universum ius defuncti. Im Lateinischen heißt der Erbe *heres* und das Erbrecht wie auch die Erbfolge heißt hereditas im subjectiven Sinne (*d*). Jedoch werden diese Ausdrücke bei den Römern nur da gebraucht und ohne weitern Zusatz gebraucht, wo der Erbe dem strengen Rechte nach wirklich Universalsuccessor des Verstorbenen wird, nicht auch da, wo nur utiles actiones und exceptiones gegeben werden, vermittelst deren er wie ein Universalsuccessor behandelt wird (heredis loco est) (*dd*). — Der Begriff von Erbschaft und Erbrecht setzt also voraus, daß Jemand gestorben sei (hereditas viventis non datur) (*e*).

(*) Cic. Top. c. 6. §. 29. — §. 20. J. 4. 6. — fr. 2. pr. D. 10. 2. — fr. 5. pr. D. 5. 3.

(*a*) Z. B. Tit. D. et C. *Familiae* erciscundae. — Lex XII. tabb. „Agnatus proximus *familiam* habeto.“ Ulpian. 26. 1. Ueber das Verhältniß dieses Ausdruckes zu dem Ausdruck hereditas im objectiven Sinne vergl.: Huschke im Rhein. Mus. B. 6. S. 278 ff. — Vering Erbr. S. 65 ff. — Schirmer Erbr. §. 1. Note 5.

(*b*) fr. 3. pr. §. 1. D. 37. 1. — fr. 119. 208. D. 50. 16. — fr. 50. pr. D. 5. 3. — Glück von der Intestaterbfolge §. 1.

(*c*) fr. 1. §. 43. D. 43. 20. — const. 14. C. 3. 33. Vergl. Francke Beitr. B. 1. Nr. 1. — Roßhirt §. 2. — Köppen Erbr. S. 173 ff. — Schirmer S. 11 ff.

(*d*) fr. 62. D. 50. 17. — fr. 24. D. 50. 16. „Nihil. aliud est hereditas, quam successio in universum ius, quod defunctus habuit.“ Dagegen wird umgekehrt das Wort successio sehr häufig im objectiven Sinne für Erbschaft genommen. Z. B. fr. 19. D. 5. 2. — const. 10. C. 3. 36. — const. 2. C. 6. 15. — const. 3. C. 6. 58. — const. 9. C. 6. 59.

(*dd*) Vergl. §. 605 am E. und §. 611.

(*e*) fr. 1. D. 18. 4. — fr. 19. D. 29. 2. — Glück a. a. O. §. 2.

§. 605.

III. Erbe oder Universal-Successor auf den Todesfall. Insbesondere *heres* im eigentlichen Sinne und *fideicommissarius heres.*

Erbe heißt derjenige, welcher activ und passiv in das gesammte Vermögen eines Verstorbenen, wie dieser es hatte, eintritt (qui succedit in universum ius, quod defunctus habuit). Er ist also ein Nachfolger nicht blos

in die Rechte und Forderungen, sondern auch in die Schulden (*) des Erblassers (*a*). Dabei ist es dem Begriffe nach einerlei, ob nur Einer der Erbe eines Verstorbenen ist, oder ob es ihrer Mehrere sind; denn selbst im letzten Falle tritt doch jeder der mehreren Erben in die Gesammtheit des Vermögens, also in alle activen und passiven Rechtsverhältnisse des Verstorbenen ein, wenngleich in jedes einzelne nur zu dem Theile, zu welchem er überhaupt als Erbe berufen ist (pro rata) (§. 694.). Ist nur ein einziger Erbe vorhanden, so heißt dieser heres ex asse, oder heres solus; sind dagegen Mehrere als Erben gerufen, so heißt Jeder von ihnen in Beziehung auf die Erbschaft heres ex parte, in Beziehung auf seine Miterben coheres. Der eigentliche heres tritt nach dem Tode des Erblassers unmittelbar an dessen Stelle und wird deshalb auch von den Neueren heres directus genannt. Nach neuerem Römischen Rechte wird aber derjenige wie ein heres behandelt (heredis loco est), auf welchen die Erbschaft, nach dem Willen des Verstorbenen, ganz oder zum Theil, mittelbar durch den s. g. heres directus, der in dieser Hinsicht heres fiduciarius heißt, übertragen wird, und ein solcher Erbe wird fideicommissarius heres genannt (*b*).

(*) Soweit diese und jene nicht mit dem Tode erlöschen. S. §. 604. Note *c*.

(*a*) fr. 37. D. 29. 2. „Heres in omne ius mortui, non tantum singularum rerum dominium, succedit." fr. 24. 208. D. 50. 16. — fr. 11. D. 44. 3. — Vergl. auch: fr. 34. D. 41. 1. — fr. 31. §. 1. D. 28. 5. — fr. 13. §. 5. D. 43. 24. — fr. 1. pr. D. 1. 8. — C. Reichhelm Versuch einer Auslegung dunkler Gesetze (Halle 1799.) N. 5. S. 198—227. — Thibaut civil. Abhandl. S. 68.

(*b*) §. 2. J. 2. 23. — Vergl. unten §. 726. 730—732.

§. 606.

IV. Singular-Successor.

Verschieden von dem Erben ist der Singular-Successor auf den Todesfall, worunter im Allgemeinen Jeder verstanden wird, welcher nur in einzelne active Rechte eines Verstorbenen eintritt, gleichviel übrigens, ob nur in ein einziges, oder in mehrere, oder in alle (*a*). Eine Einheit der Person zwischen Nachfolger und Verstorbenen, wie beim Erben, findet hier nicht Statt. Daher haftet der Singular-Successor auch nicht für die Schulden des Erblassers, selbst dann nicht, wenn ihm eine für die Schuld des Erblassers verpfändete Sache vermacht worden ist. Hier muß er sich zwar das darauf haftende Pfandrecht, als onus rei, gefallen lassen und kann deshalb wie jeder Besitzer einer verpfändeten Sache mit der actio hypothecaria belangt werden (*b*), wird aber deshalb nicht für seine Person Schuldner des Gläubigers, wie es der Erbe wird. Wie es zu einer Singular-Succession auf den Todesfall kommen kann, davon unten im §. 610.

(*a*) Daher wird auch durch die donatio omnium bonorum sowohl inter vivos als mortis causa immer nur eine Singular-Succession begründet. S. oben §. 431.

(*b*) const. 2. 7. C. 4. 16. — fr. 16. §. 3. fr. 17. D. 20. 1. Vergl. auch fr. 34. §. 2. D. 32.

§. 607.

V. Anfall und Erwerb der hereditas.

Bei der hereditas muß man den Anfall von dem wirklichen Erwerbe derselben unterscheiden. 1. Der Anfall der Erbschaft (hereditas delata est)

ist dann vorhanden, wenn dieselbe Jemanden aus irgend einem Grunde angetragen ist, so daß dieser sie nun erwerben kann (*a*); 2. der **Erwerb** der Erbschaft (hereditas acquisita est) besteht darin, daß derjenige, welchem die Erbschaft angetragen ist, wirklich heres wird. Der Erwerb einer Erbschaft setzt daher immer einen Anfall derselben voraus, und dieser wieder, daß der Erbe den Erblasser überlebt habe (*b*).

(*a*) fr. 151. D. 50. 16. „Delata hereditas intelligitur, quam quis possit adeundo consequi."

(*b*) fr. 19. D. 29. 2. — Von der Succession in das Vermögen eines **Verschollenen** sehe man die oben §. 141 Note *b* angeführten Schriften.

§. 608.

VI. Gründe der Delation. A. Ueberhaupt.

Die Delation einer hereditas gründet sich nach Römischem Rechte entweder auf ein **Testament** des Verstorbenen, oder in dessen Ermangelung auf **gesetzliche Vorschrift**. Hiernach gibt es nach Röm. Rechte zwei Arten der Erbfolge, die **testamentarische** (testamentaria hereditas) und die **gesetzliche** oder **Intestaterbfolge** (legitima hereditas s. successio ab intestato) (*a*). Dagegen kann nach Römischem Rechte durch **Vertrag** mit dem Erblasser ein Erbrecht, als Universal-Succession in das Vermögen des letzteren, nicht begründet werden (*b*).

(*a*) §. 6 in fin. J. 2. 9. — fr. 39. D. 29. 2.

(*b*) const. 30. C. 2. 3. — const. 5. C. 5. 14. — const. 4. C. 8. 39. — Vergl. fr. 29. §. 2. D. 39. 5. — fr. 61. D. 45. 1. — const. 19. C. 2. 3. — Jul. Fr. Malblanc Diss. de caus. improbati pacti hereditarii ex iure Romano. Tüb. 1798. — **Schöman** Handbuch des Civilrechts B. 2. nr. 9. — **Hugo** Naturrecht, 4te Ausg. S. 429. — Frid. Bouterweck de fundamento successionis Germanicae tam allodialis quam feudalis et ratione differentiae inter successionem Germanicam et Romanam. Gött. 1786. — Justin. Linde Diss. de successione germanica inprimis pactitia. (Bonnae 1820.) pag. 7. — **Burchardi** Grundzüge des Rechtssystems der Römer. S. 68. — **Hasse** im Rhein. Museum für Jurispr. Jahrg. 2. S. 149. — **Beseler** die Lehre von den Erbverträgen. Gött. 1835—1840. — **Budbeus** im Rechtslex. B. 4. S. 27 ff. Vergl. auch: **Heise** u. **Cropp** jur. Abh. B. 2. Nr. 8. — **Roßhirt** Erbrecht S. 27 ff. und in s. Zeitschr. für Civil- und Criminalrecht B. 1. H. 2. S. 212 ff. — G. **Hartmann** zur Lehre von den Erbvertr. Braunschw. 1860.

§. 609.

B. Verhältniß der testamentarischen und Intestaterbfolge zu einander.

Das Verhältniß dieser beiden Arten der Erbfolge zu einander ist nach Röm. Rechte folgendes: 1. Die testamentarische Erbfolge geht der Intestat-Succession vor, und letztere tritt nicht ein, so lange jene noch zu hoffen ist (*a*). 2. Beide sind nach Römischem Rechte in der Regel so unvereinbar mit einander, daß bei einer und derselben Erbschaft beide neben einander nicht bestehen können. Darauf bezieht sich die eben so merkwürdige als folgenreiche Regel des Römischen Rechts: Nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest (*b*), welche jedoch bei den Soldaten keine Anwendung findet (*c*), und auch beim paganus mehrere Ausnahmen erleidet (*d*).

(*a*) fr. 39. D. 29. 2. „Quamdiu potest ex testamento adiri hereditas, ab intestato non defertur." — const. 8. C. 6. 59.

(*b*) fr. 7. D. 50. 17. „Ius nostrum non patitur eundem in paganis et testato et intestato decessisse: earumque rerum naturaliter inter se pugna est." — §. 5.

J. 2. 14. — Cicero de invent. II. 21. — Ueber die Folgen und Wirkungen dieser Regel: fr. 1. D. 29. 2. — fr. 1. §. 4. fr. 9. §. 13. fr. 74. D. 28. 5. — fr. 41. §. 8 in fin. D. 28. 6. — §. 9. J. 2. 14. — fr. 34. D. 28. 5. — const. 20. C. 6. 30. — Ueber den Grund derselben: Haubold Diss. de causis cur idem et testato et intestato decedere non possit. Lips. 1788 et in *Eiusd.* opusc. acad. ed. Wenck. Vol. I. p. 315 und darüber: Wenck in praef. p. XXVIII. — Thibaut civ. Abhandl. Nr. 5. — Seuffert im Arch. für die civ. Pr. B. 3. nr. 15. — J. Dernburg Beiträge zur Geschichte der röm. Testamente (Bonn 1821) S. 302. — Ed. Gans Erbrecht B. 2. S. 451. — Klüpfel Abhandl. aus dem bürg. Rechte. Stuttgart 1817. Nr. 1. — Roßhirt Einl. §. 6. — Huschke im Rhein. Mus. B. 6. Nr. 3. — Zawitz de regula, secundum quam nemo pro parte etc. Gött. 1837. — Mühlenbruch Comment. B. 40. S. 142 ff. — Puchta Vorles. B. 2. zu §. 448—450 Nr. 2. — Gerstlacher das Rechtsverhältniß zw. mehr. belasteten Erben u. d. Legatar. Heidelb. 1853. S. 19 ff. Note 23. — Wenzig de regula iur. Rom. nem. pro parte et c. Berol. 1853. — Lasalle das Syst. der erworbenen Rechte. B. 2. Leipz. 1861. S. 247 ff. — Vering Erbr. S. 437 ff. — Köppen Erbr. S. 13. — Schirmer Erbr. S. 52 ff.

(*c*) fr. 6. D. 29. 1. — „miles enim pro parte testatus decedere potest, pro parte intestatus." — §. 5. J. 2. 14. — fr. 15. §. 4. fr. 17. pr. fr. 37. D. 29. 1. — const. 1. 2. C. 6. 21.

(*d*) Z. B. bei der partiellen Rescission eines testamenti inofficiosi. fr. 15. §. 2. fr. 24. D. 5. 2. S. unten §. 665. Es ist aber streitig, ob dies wirkliche Ausnahmen sind. Dagegen z. B. v. Vangerow §. 397.

§. 610.

VII. Vermächtnisse.

Nicht blos directe Erben kann der Erblasser durch einseitige letztwillige Anordnung berufen, sondern er kann auch andere einseitige letztwillige Verfügungen treffen, wodurch auf seinen Todesfall Jemanden Vermögensvortheile zugedacht werden. Verfügungen der letzteren Art nennen wir Vermächtnisse. Bei den Römern heißen sie nach den Umständen entweder legata (§. 705.) oder fideicommissa (§. 726.). Was ihren Inhalt und ihre Wirkungen betrifft, so kann namentlich eine indirecte oder fideicommissarische Erbfolge (§. 606 am E.) und es können Singularsuccessionen in einzelne Rechte des Verstorbenen (§. 607.) dadurch herbeigeführt werden. Es gibt aber auch Vermächtnisse, wodurch man weder direct, noch indirect Successor des Verstorbenen wird, so z. B. wenn es heißt: der Erbe A soll sein eigenes Haus an B abtreten. Mit den Vermächtnissen haben die mortis causa donationes Aehnlichkeit (§. 429. 737 ff.).

§. 611.

VIII. Bonorum possessio. A. Begriff derselben.

Zu der Zeit, als das prätorische Recht sich ausbildete, reichten die Bestimmungen der zwölf Tafeln über die hereditas nicht mehr aus, auch stimmte ein Theil derselben mit den herrschenden Ansichten nicht mehr überein. Der Prätor half hier nach durch das Institut der bonorum possessio. Diese B. P. war eine obrigkeitliche Einweisung in das Vermögen eines Verstorbenen als Verstorbenen, um welche man nachsuchte (B. Possessionem petere s. agnoscere) und welche der Prätor gab (B. P. dare) (*a*). Wir kennen das Institut fast nur von der Zeit an, in welcher es vollkommen ausgebildet dastand, d. h. von der Zeit der späteren klassischen Juristen an (*b*). Hier finden wir nun ein vollständiges System der directen Erbfolge nach prätorischem

Rechte. Wir finden in dem prätorischen Edicte nicht nur manche Personen, die zur hereditas nicht gerufen sind, sondern auch alle, die dazu gerufen sind, als solche aufgeführt, welche die B. P. erlangen können, wenn sie wollen. Dabei wird die Ordnung angegeben, in welcher sie dazu gerufen sind, und es werden nähere Bestimmungen darüber getroffen, wie denjenigen, die zunächst gerufen sind, aber die B. P. nicht annehmen, die Nachstehenden nachrücken (successorium edictum) (*c*). Jeder, der zur B. P. gelangte, d. h. dazu berufen war und sie wirklich agnoscirte, konnte sich durch ein interdictum adipiscendae possessionis, das interdictum *Quorum bonorum* (*d*), den Besitz der körperlichen (*dd*) Erbschaftssachen verschaffen, ohne Unterschied, ob er auch zur hereditas gerufen war und diese erworben hatte oder nicht (*e*). Von den übrigen Wirkungen der erworbenen B. P. unten (*f*) im §. 614 a.

(*a*) Gajus III. §. 25—38. — Ulp. tit. 28. — Inst. 3. 9. (10.) — Dig. lib. 37. 38. — Cod. VI. 11—13. — Theophilus ad Inst. 3. 9. (10.) — Donelli comm. iur. civ. Lib. 7. cap. 14. — Heineccii antiq. Rom. Lib. 3. tit. 10. — Hugo Diss. de bonor. possessionibus. Halae 1788. — Koch bonorum possessio. Gießen 1799. (Darüber: Hugo in den Gött. gel. Anz. 1799. St. 19.) — Glück von der Intestaterbfolge. 2te Ausg. §. 86—107. — Hugo RG. S. 550 ff. 578 ff. 940. 1127. — Löhr im Mag. B. 3. (1.) S. 216—353. B. 4. (2.) S. 149. — Gans Scholien zum Gajus S. 315. — Dernburg Beitr. zur Gesch. der Röm. Testam. S. 180 ff. — v. Savigny in der Zeitschr. für geschichtl. RW. B. 5. Nr. 1. (besonders S. 14 ff.) B. 6. Nr. 3; auch mit einem Nachtrag in s. verm. Schriften B. 2. Nr. 17 (besonders S. 230 ff.) — Schilling Bemerk. S. 181 ff. — Roßhirt Erbrecht. Cap. 1. — Francke Recht der Notherben §. 9. — C. F. Fabricius Ursprung und Entwickelung der B. P.; in s. hist. Forschungen im Gebiet des Röm. Privatrechts. Berlin 1837. (Huschke in Richter's krit. Jahrb. B. 5. S. 1 ff.) — Danz Lehrb. B. 2. S. 43 ff. — Bachofen lex Voconia S. 66 ff. — v. Löhr in s. Mag. B. 4. (2.) S. 403—471. — B. W. Leist die B. P. B. 1. Gött. 1844. (v. Buchholtz in Richter's krit. Jahrb. B. 20. S. 769 ff.) B. 2. in 2 Abth. Gött. 1848. — S. J. Hingst commentatio de bonor. possessione. Amstelod. 1858. (Schletter's Jahrb. B. 6. S. 197 ff.) — J. Lohman Janssonius de bonor. possessione. Gron. 1859. Vergl. v. Vangerow B. 2. §. 398 ff. — Vering S. 577 ff. — Schirmer S. 73 ff.

(*b*) Die Ansichten über den ursprünglichen Charakter der B. P. sind daher sehr verschieden. Vergl. die in der Note *a* angeführten Schriften.

(*c*) §. 4—7. J. 3. 9. (10.) — Dig. 38. 15.

(*d*) Gajus III. §. 34. IV. §. 144. — §. 3. J. 4. 15. — Dig. 43. 2. — Cod. 8. 2. — Vergl. unten §. 693. Note *a*.

(*dd*) Diese Beschränkung hält für ungegründet: Vering S. 584.

(*e*) Auch ohne Unterschied, ob er eine B. P. *cum* oder *sine re* erworben hatte (§. 613, 3.).

(*f*) Ist sie wirksam (§. 613, 3. §. 614 b, 4) und hat der bonorum possessor nicht auch die hereditas erworben, so ist er heredis loco. Gajus III. §. 32. IV. §. 34. — §. 2. J. 3. 9. (10.) Vergl. fr. 2. D. 37. 1. — fr. 138. D. 50. 16. — fr. 117. D. 50. 17. — E. Gmelin de convenientiis et differentiis inter hereditatem et bonorum possessionem. Gött. 1808. Besonders aber: Löhr a. a. O. B. 3. S. 219 und v. Savigny a. a. O. S. 14.

§. 612.

B. Verschiedene Arten der Bonorum Possessio.

Der Ausdruck Bonorum Possessio in Beziehung auf den Nachlaß eines Verstorbenen begreift im ganz allgemeinen Sinne zweierlei wesentlich verschiedene Fälle in sich. Einmal nämlich diejenigen, wo Jemanden unter dem Namen Bonorum Possessio wirkliches (aber freilich nur prätorisches) Erbrecht ertheilt

wird, welches man die *B. P.* im eigentlichen Sinne nennen könnte, und dann diejenigen, wo Jemand bei ungewissem Erbrecht durch prätorische Einweisung nur den interimistischen Besitz der Erbschaft und einstweilige Alimente aus derselben erhält (*a*). Hierher gehört nur die B. P. im eigentlichen Sinne, und diese ist: 1. entweder edictalis oder decretalis. Edictalis heißt sie in den Fällen, wo sie Jemanden nach den Worten des Edicts deferirt ist und wo dieser sie daher geradezu aus dem Edicte agnosciren kann, ohne daß erst noch eine causae cognitio und ein Ertheilungsdecret erforderlich wäre. Decretalis hingegen heißt sie in den Fällen, wo Jemand, der nach den Worten des Edicts nicht dazu gerufen ist, dieselbe doch nach dem Geiste des Edicts verlangen zu können glaubt, wo dann aber immer eine causae cognitio und ein besonderes decretum Praetoris erforderlich ist, wodurch sie ihm ertheilt wird (*b*). Die B. P. edictalis machte, zu der Zeit, wo das prätorische Erbfolgesystem ausgebildet war, die Regel aus, die B. P. decretalis die Ausnahme. 2. Die Agnition der B. P. hat auch für denjenigen, der zugleich zur hereditas gerufen ist, den Nutzen, daß er sich, wenn es nöthig ist, des interdicti Quorum bonorum bedienen kann; sie ist ihm utilis propter praetoriam actionem (*c*). Für Denjenigen, der nicht zur hereditas, sondern nur zur B. P. gerufen ist, gibt es keinen andern Weg, zur Erbschaft zu gelangen, als den der Agnition der B. P.; ihm ist also die B. P. nothwendig, um Erbe zu werden. Dies wollen die Neueren sagen, wenn sie die B. P. eintheilen in utilis und necessaria. 3. Endlich kommt noch vor die Eintheilung in B. P. cum re s. cum effectu und B. P. sine re s. sine effectu. Jenes ist sie, wenn der prätorische Erbe, der sie agnoscirt hat, die Erbschaft behält, dieses, wenn sie ihm von einem nähern heres wieder abgestritten werden kann (*d*).

(*a*) Diese provisorischen Einweisungen kommen unten §. 684 a. E. und §. 693 vor.

(*b*) Z. B. fr. 6. D. 38. 6. — fr. 4. D. 37. 8. — fr. 1. §. 7. D. 38. 9. — Der Ausdruck edictalis B. P. kommt vor in: fr. 30. §. 1. D. 29. 2. — fr. 1. §. 4. D. 38. 6. — Löhr a. a. O. B. 2. S. 437. B. 3. (1.) S. XVI. u. 217. B. 4. (2.) S. 420 ff. Vergl.: Fabricius a. a. O. S. 145—197, bes. S. 164 ff. — Leist B. 2. Abth. 1. S. 308 ff. — v. Vangerow §. 400.

(*c*) fr. 2. §. 21. D. 38. 17. — const. 13. C. 6. 30. — Coll. Leg. Mos. et Rom. Tit. 16. §. 3.

(*d*) Gajus II. §. 148. 149. III. §. 35—37. — Ulp. XXVIII. §. 13. — Löhr a. a. O. B. 3. (1.) S. 281.

§. 613.

C. Successionsordnung bei der Bonorum possessio.

Die Bonorum Possessio wurde übrigens in folgender Ordnung deferirt (*a*): 1. Zuerst kam die B. P. contra tabulas, welche gegen ein väterliches Testament den darin präterirten suis und solchen präterirten leiblichen emancipatis, die ohne die Emancipation sui gewesen sein würden, und neben ihnen (commisso per alium edicto) zugleich den eingesetzten suis und den eingesetzten emancipatis der angegebenen Art angeboten wurde (*b*); waren weder sui noch emancipati praeteriti vorhanden, oder wurde die B. P. contra tabulas von keinem der dazu Gerufenen agnoscirt, so wurde 2. die B. P. secundum (iuxta) tabulas den eingesetzten Erben deferirt. Diese beiden Arten der B. P. setzten aber ein Testament voraus, das wenigstens nach prätorischem Rechte genügt (*c*). Es sind zwei Arten der testamentaria P. B. War kein solches Testament vorhanden, oder wurde keine testamentaria B. P. agnoscirt,

so kam es 3. zur B. P. intestati, welche gewöhnlich vier, zuweilen auch noch mehreren Klassen von Angehörigen des Verstorbenen angeboten wurde (*d*). Jede in dieser Ordnung des edicti perpetui agnoscirte B. P. hieß ordinaria, jede andere, die keiner bestimmten Klasse angehörte, extraordinaria, und zu dieser letztern gehörten insbesondere die meisten Fälle der B. P. decretalis (*e*).

(*a*) Ulp. XXVIII. §. 1. — fr. 6. §. 1. D. 37. 1.

(*b*) §. 3. J. 3. 9. (10.) — Dig. 37. 4—7. — Cod. 6. 12. — Fritz in Löhr's Mag. B. 4. (2.) S. 255.

(*c*) §. 3. J. cit. — Dig. 37. 11. — Cod. 6. 11.

(*d*) §. 3. J. cit. — Inst. 3. tit. 5. 6. — Dig. 38. tit. 6—12. — Cod. 6. tit. 14. 15. 18.

(*e*) fr. 5. §. 3. D. 37. 5. — fr. 3. §. 14—16. D. 37. 10. — Löhr a. a. O. B. 3. (1.) S. 231. — Leist B. 2. Abth. 2. S. 10 ff.

§. 614 a.

D. Anwendung des Systemes der B. P. neben dem der hereditas in einzelnen Fällen.

Das prätorische Edict rief zur B. P. alle Diejenigen, die nach Civilrecht zur hereditas gerufen wurden, aber theils vor, theils neben, theils besonders nach diesen auch manche andere Personen. War nun Jemand im einzelnen Falle nur zur hereditas gerufen, so konnte er natürlich nur die hereditas erwerben; war Jemand nur zur B. P. gerufen, so konnte er nur diese erwerben; war endlich Jemand zur hereditas und zur B. P. gerufen, so konnte er beide erwerben, er konnte aber auch die eine ohne die andere und namentlich die hereditas ohne die B. P. erwerben, so daß diese nun ebenso weiter deferirt wurde, wie wenn er auch die hereditas nicht erworben hätte. Es können daher folgende Fälle vorkommen: 1. Nur die hereditas wird erworben. Hier ist es zu halten, wie wenn das Institut der B. P. gar nicht bestände. 2. Nur die B. P. wird erworben. Hier ist dieselbe cum re, der bonorum possessor wird nämlich vermittelst utiles actiones wie ein heres behandelt, er ist heredis loco. Auch steht ihm das interdictum Quorum bonorum zu. 3. Die hereditas und die B. P. werden erworben, und zwar von den nämlichen Personen. Hier treten alle Wirkungen der hereditas ein und daneben ist das interdictum Quorum bonorum zulässig. 4. Die hereditas wird von dem Einen, die B. P. von dem Andern erworben (*a*). Hier hat der Letztere immer das interdictum Quorum bonorum. Der definitive Sieg hängt aber davon ab, ob derjenige, welcher die hereditas erworben hat, in dem prätorischen Edict vor, neben oder nach demjenigen, welcher die B. P. erworben hat, zur B. P. gerufen wird (*b*). Im ersten Falle kann der heres das Vermögen ganz in Anspruch nehmen, die B. P. ist also sine re; im zweiten Falle kann der heres den Theil des Vermögens in Anspruch nehmen, zu welchem er als bonorum possessor gerufen war, die B. P. ist also für diesen Theil sine re, für den übrigen cum re; im dritten Falle endlich kann der bonorum possessor die Erbschaft in Anspruch nehmen, die B. P. ist also cum re (*c*). Indessen wird die B. P. sine re zur B. P. cum re, wenn der heres bewirkt, daß er behandelt wird, als ob er nicht heres wäre (s. z. B. §. 681.) (*d*), und ebenso wird die hereditas, soweit ihrer Wirksamkeit eine B. P. cum re im Wege steht, wirksam (*e*), wenn der bonorum possessor bewirkt, daß er behandelt wird, als wenn er die B. P. nicht erworben hätte.

(*a*) Hugo RG. S. 607 ff. — v. Löhr in s. Mag. B. 3. (1.) S. 304—332. B. 4. (2.) S. 151. 153. — Fabricius a. a. O. S. 208 ff. — v. Löhr Mag. B. 4. (2.) Nr. 23, besonders S. 446 ff. — Leist a. a. O. B. 1. S. 224 ff. B. 2. Abth. 1. S. 254 ff.

(*b*) fr. 13. pr. D. 37. 4. — fr. 2. §. 6. 10. D. 38. 17. — Ulp. XIII. §. 6. XXIII. §. 13.

(*c*) §. 9. 13. J. 3. 1. — §. 1. J. 3. 9. (10.) — fr. 12. pr. D. 38. 3. — fr. 13. pr. cit. — fr. 15. §. 1. fr. 22. D. 37. 5. — fr. 10. D. 37. 6. — fr. 2. D. 38. 6. — fr. 2. §. 6. 10. D. 38. 17. — Tritt der zweite oder dritte Fall bei der *secundum tabulas* B. P. ein, so soll nach Fabricius S. 113 u. 127 und Anderen das im Text Gesagte in der Regel nicht gelten. Allerdings war diese B. P. früher, insofern sie auf einem nach Civilrecht ungiltigen Testament beruhte, wenn ein heres existirte, immer sine re. Gaj. II. §. 118—122. 147—149. Allein Hadrian und Mark Aurel führten nicht blos einzelne Ausnahmen von dieser Regel ein, sondern es kam durch sie dahin, daß die im Texte angegebenen Regeln auch auf die secundum tabulas B. P. vollkommen anwendbar wurden. v. Löhr Mag. B. 4. (2.) a. a. O. Vergl. jedoch auch: Leist a. a. O. — v. Vangerow §. 399 u. 458.

(*d*) fr. 12. 17. D. 28. 3.

(*e*) v. Löhr Mag. B. 3. S. 300.

§. 614 b.

E. Die B. P. im neuesten Justinianeischen Rechte (*a*).

Das Institut der B. P. war ein Mittel, die Regeln über die hereditas bei der Anwendung zu ergänzen und, soweit sie mit der Billigkeit und den herrschenden Ansichten im Widerspruch standen, zu modificiren. Die Aufgabe, auf diesem Wege weiter zu gehen, übernahm in späterer Zeit, und besonders unter den christlichen Kaisern, das Civilrecht. Die Regeln über die hereditas selbst wurden damals in dieser Richtung vielfach umgestaltet, und man ging hierin in manchen Beziehungen viel weiter, als das prätorische Recht gegangen war. So kam es denn, daß nach dem neuesten Justinianeischen Rechte Fälle, in welchen Jemand nur zur B. P. und nicht zugleich zur hereditas gerufen wird, zu den ziemlich seltenen Ausnahmen gehören. In diesen Fällen kann man nun die Erbschaft nicht anders, als durch agnitio bonorum possessionis vor der Obrigkeit erwerben (*aa*); ist aber die erworbene B. P., wie gewöhnlich, cum re, so ist ihre Wirkung dieselbe, wie die der hereditas (*b*), indem das Eigenthum, das dem bonorum possessor zufällt, nicht mehr zunächst ein blos bonitarisches ist und zwischen den utiles actiones, die ihm zustehen und gegen ihn Statt finden, und den entsprechenden directae actiones kein praktischer Unterschied mehr besteht.

(*a*) S. besonders v. Löhr in s. Mag. B. 3. (1.) S. 333 ff. — Leist B. 2. Abth. 2. S. 221 ff.

(*aa*) Auch dieses gilt heut zu Tage nicht mehr. — Leist B. 2. Abth. 2. S. 349 ff. — Schirmer Erbr. §. 7. Note 53 ff.

(*b*) Von dem nur dem bonorum possessor zustehenden interdictum Quorum bonorum s. unten §. 693.

§. 614 c.

IX. Successionsfähigkeit (*).

Wem auf irgend eine Weise Etwas mortis causa zufallen soll, der muß die erforderliche persönliche Fähigkeit dazu haben, und diese nennt man gewöhnlich Successionsfähigkeit (**). Es gibt nun Personen, die nach Römischem Rechte absolut unfähig sind, Etwas mortis causa zu erwerben, sei es aus einem letzten Willen, oder ab intestato, und diese sollen hier zum

Beschlusse des ersten Abschnittes noch genannt werden (***). Es sind: 1. Die Peregrinen (*a*); 2. die Ketzer und Apostaten (*b*); 3. die Hochverräther und deren Söhne und Töchter; doch können die Töchter von der Mutter den Pflichttheil erhalten (*c*); 4. alle zu einer Capitalstrafe verurtheilten Personen (*d*); 5. unerlaubte, oder vom Staate nicht genehmigte Gemeinheiten (*e*). Auch kann 6. die das Trauerjahr verletzende Wittwe Nichts aus einem letzten Willen erwerben und nur Verwandte bis zum dritten Grade ab intestato beerben (*f*).

(*) Roßhirt Erbrecht Einl. §. 7.

(**) Dieser Ausdruck paßt aber nicht recht, weil es auch Vermächtnisse gibt, die keine Succession herbeiführen sollen. Vergl. §. 610 am E.

(***) Wer blos von der Intestaterbfolge ausgeschlossen ist, wird im §. 616., und wer blos in einem letzten Willen nicht bedacht werden kann, wird in den §§. 651. und 707. näher angegeben werden.

(*a*) fr. 6. §. 2. D. 28. 5.

(*b*) const. 4. 5. C. 1. 5. — const. 3. C. 1. 7.

(*c*) const. 5. §. 1. 3. C. 9. 8. Es ist übrigens streitig, ob sich nicht die Töchter auch nach der Novelle 18 mit einem Viertheil begnügen müssen. Dieses behauptet z. B. v. Vangerow §. 404.

(*d*) fr. 13. D. 37. 1.

(*e*) const. 8. C. 6. 24. Die Erbeinsetzung der Gemeinheiten ist nach Röm. Rechte, auch nach dem Justinianeischen, noch mehr beschränkt. S. §. 651.

(*f*) const. 1. C. 5. 9. Vergl. oben §. 537.

Zweiter Abschnitt.

Von der Delation der Erbschaft.

Erstes Kapitel.

Von der Intestaterbfolge.

Quellen für das ältere Recht: Gajus III. §. 1—31. — Epit. Gaji II. 8. — Ulp. XXVI. — Paulus IV. 8—10. — Coll. Leg. Mos. et Rom. Tit. 16. — Cod. Theod. V. 1. — Inst. III. 1—6. — Dig. XXXVIII. 6—8. 11. 16. 17. — Cod. VI. 14. 15. 18. 55—59. — Für das neuere Recht besonders: Nov. 118. — Nov. 127. pr. et c. 1.

Literatur: Donelli comm. iur. civ. Lib 9. cap. 1—4. — Valent. Forsteri de hereditatibus, quae ab intestato deferuntur. Colon. 1594. — Arnoldi Rotgersii apodicticae demonstrationes. Vol. I. Lib. 1. de successione legitima sec. Nov. 118. Lugd. Bat. 1727. — Guil. Ranchini Tr. de successione ab intestato; in Meermani thes. T. 3. p. 191. — Sam. Stryk tract. de successione ab intestato. Francof. ad V. 1669. Edit. noviss. ibid. 1733. — Quir. Glieb. Schacher Spec. histor. iur. civil. vicissitudines successionis ab intestato apud Romanos exponens. Lips. 1762. — Jo. Chrph. Koch successio ab intestato civilis in suas classes nova methodo redacta. Jenae 1757. Ed. noviss. Giessae 1798. — G. Hugo comm. de fundamento successionis ab intestato ex iure Romano antiquo et novo. Gött. 1785. — Joh. Wilh. Heinr. Ludolf systematische Entwickelung der Lehre von der Intestaterbfolge nach Röm. und heutigen Rechten. Halle 1794. — Chr. Fr. Glück hermeneutisch-systematische Erörterung der Lehre von der Intestaterbfolge nach den Grundsätzen des ältern und neuern Römischen Rechts. Erlangen 1803. 2te sehr verm. Ausg. 1822. — Gans Scholien zu Gajus S. 300 (enthält eine historische Einleitung in diese Lehre). — Friedr. Ortloff Justinian's neue Verordnungen über die Intestaterbfolge, oder Versuch einer Uebersetzung der Nov. 118 u. s. w.

Coburg 1816. — C. Fr. Roßhirt Einleitung in das Erbrecht und Darstellung des ganzen Intestaterbrechts, besonders nach röm. Quellen. Landshut 1831. — K. Büchel Streitfragen aus Nov. 118.; in Dessen civilrechtl. Erört. B. 2. Nr. 2. — B. J. Lintelo de Geer Disp. qua Nov. 118 ex iure pristino explicatur. Traj. ad Rhen. 1841. — Arndts im Rechtslex. B. 5. S. 668 ff. — Vergl. auch C. Witte das preußische Intestaterbrecht aus dem gemeinen deutschen Recht entwickelt. Leipz. 1838.

Erster Titel.

Geschichtliche Einleitung.

§. 614 d.

I. Intestaterbfolge nach dem alten Civilrechte.

Die zwölf Tafeln sehen bei der Berufung zur legitima hereditas nicht auf die Verbindung mit dem Verstorbenen durch das natürliche Band der Verwandtschaft und der Ehe, sondern auf die Verbindungen durch patria potestas, manus, Agnation, Patronat und Gentilität. Sie wurde vor Allen 1. den sui heredes (*a*) deferirt, und zwar a) den sui heredes im engern Sinne, d. h. denjenigen, welche im Augenblicke des Todes des Erblassers unmittelbar in seiner väterlichen Gewalt oder manus standen und durch seinen Tod sui iuris wurden; b) den posthumi sui, d. h. denjenigen, welche im Augenblicke des Todes des Erblassers wenigstens concipirt waren und später in die Lage kamen, daß sie zu den sui heredes im engern Sinne gehörten, wenn der Erblasser jetzt erst sterben würde. Alle sui heredes im weitern Sinne wurden mit einander gerufen und theilten die Erbschaft als Söhne und Töchter nach Köpfen, als entferntere Descendenten aber nach Stämmen (§. 620.). Die Frau in manu mariti wurde auch in dieser Beziehung wie eine Tochter des Mannes behandelt. 2. Waren keine sui heredes vorhanden, und eine Frauensperson konnte keine hinterlassen (*b*), so war a) gewöhnlich der proximus agnatus (*c*) gerufen, d. h. hier der nächste unter den agnatischen Seitenverwandten und unter denjenigen, die in Folge der manus wie Seitenverwandte behandelt wurden. Mehrere gleich nahe theilten nach Köpfen. Bei dem nächstmöglichen, d. h. bei dem zweiten Grade, bei den consanguinei und consanguineae, wurde hier nie ein Unterschied zwischen den beiden Geschlechtern gemacht; sonst wurde aber diese Art der Berufung durch das ius civile im engsten Sinne auf Mannspersonen beschränkt (*d*), ohne Unterschied, ob eine Mannsperson oder eine Frauensperson zu beerben war. b) War eine aus der Sclaverei freigelassene Person (*dd*) zu beerben (*e*), so wurde anstatt des proximus agnatus (*ee*) der Patron gerufen, und wenn dieser nicht mehr lebte (*f*), seine nächsten agnatischen Descendenten (*g*). c) Dieses wurde auf den Fall analog angewendet, wenn der Verstorbene aus dem mancipium manumittirt war (*h*); hier wurde der parens oder extraneus manumissor gerufen, und wenn dieser nicht mehr lebte, seine nächsten agnatischen Descendenten. 3. War Niemand aus den beiden ersten Klassen vorhanden, so wurden nach den zwölf Tafeln die gentiles gerufen (*i*), d. h. die Mitglieder derjenigen gens, zu welcher der Erblasser gehörte, oder deren Namen er, in Folge einer ihm oder einem seiner Vorfahren zu Theil gewordenen Freilassung von einem ihrer Mitglieder, geführt hatte. Diese dritte Klasse kam aber ab (*k*) und es fehlt uns auch an genauen Nachrichten über die Gentilität (*l*). Andere Personen als die genannten wurden nach dem alten Rechte nicht zur legitima hereditas

gerufen (*m*). Auch wurde dieselbe bei einem Todesfalle nur einmal deferirt. Erwarben nämlich die zunächst Gerufenen sie nicht, so rückten diejenigen, die durch sie ausgeschlossen waren, nicht in die Stelle derselben ein (*mm*), „in legitimis hereditatibus non est successio", eine Regel, die offenbar zunächst von einer ganz wörtlichen Auslegung der zwölf Tafeln herrührte (*n*).

(*a*) Gaj. III. §. 1—8. — Ulp. XXVI. §. 1—3. — Coll. XVI. 2. §. 1. — §. 1—8. J. 3. 1. — L. F. Griesinger Geschichte und neue Theorie der Suität. Stuttg. 1807. — Glück a. a. O. S. 178 ff. 210 ff. — Hugo RG. S. 259 ff. — Vering Erbr. S. 429—431. 433 u. 434. — Köppen Erbr. S. 1 ff. — Schirmer Erbr. S. 127 ff.

(*b*) Ulp. l. c. §. 7.

(*c*) Gaj. III. §. 9 seqq. — Ulp. XXVI. §. 1. 4. 5. — Coll. XVI. 2. §. 9 seqq. 3. §. 13 seqq. 4. §. 1. — pr. J. 3. 2. — Glück S. 214 ff. — Hugo RG. S. 261 ff. — Vering S. 431. — Köppen S. 6 ff. — Schirmer S. 133 ff.

(*d*) „Iure civili Voconiana ratione." Paul. IV. 8. §. 22, auch in Coll. XVI. 4. §. 20. — Gaj. III. §. 14. 23. — Ulp. XXVI. §. 6. — §. 3. J. 3. 2. — Glück S. 205 ff. 216 ff. — v. Savigny über die lex Voconia; in den Schriften der hist.-phil. Klasse der Berl. Acad. Berlin 1822., bes. S. 231 ff. und in s. verm. Schriften B. 1. Nr. 14., bes. S. 432 ff. — M. J. Euler hinter Burchardi Rechtssyst. der Römer. Bonn 1822. S. 298 ff. — J. J. Bachofen die lex Voconia. Basel 1843. S. 20 ff. — Huschke Gajus S. 52.

(*dd*) Ob sich das alte civile patronatische Intestaterbrecht auch auf den Fall bezog, wenn ein Descendent eines Freigelassenen zu beerben war, darüber sind die Ansichten verschieden. S. unten §. 614 h. Note *q*.

(*e*) Gaj. III. §. 40. 45. 49. — Ulp. XXVII. §. 1. 2. 4. — pr. J. 3. 7. (8.) — Theophil. ad tit. J. 1. 17. — Glück S. 727 ff. — Hugo S. 263 ff. — Unterholzner in der Zeitschr. für geschichtl. RW. B. 5. S. 31 ff. — Huschke Studien B. 1. S. 121 ff. — Ders. im Rhein. Mus. B. 6. S. 95 ff. B. 7. S. 64. Anm. 12. — Walter RG. B. 2. §. 655 ff. — Vering S. 433 ff. — Welches Schicksal hatte der Nachlaß eines dedititius libertus oder eines latinus Iunianus, seitdem es solche gab (§. 120.)? Der latinus starb als Sclave. Sein Nachlaß fiel daher dem Patron und, wenn dieser nicht mehr lebte, seinen Erben als solchen zu, nicht als Erbschaft, sondern iure peculii. Gaj. III. §. 55 seqq. Das SCtum Largianum traf jedoch die Aenderung, daß die nicht namentlich exheredirten liberi (s. §. 614 f. Note b.) des männlichen Freilassers den extranei heredes desselben vorgehen sollen. Gaj. III. §. 63 seqq. — 4. J. 3. 7. Die von dem Kaiser ohne Zustimmung des Patrons einem latinus ertheilte Civität hat nach einem Edict von Trajan auf den Nachlaß keinen Einfluß. Gaj. III. §. 72. 73. — §. 4. J. cit. Ueber den Nachlaß des dedititius fehlte es an einer gesetzlichen Bestimmung. Man ging aber von der Voraussetzung aus, daß der Patron und seine Kinder und Erben daran nicht weniger Recht haben sollen, als wenn der Verstorbene das Vergehen, weswegen er dedititius war, nicht begangen hätte. Man unterschied, ob er unter dieser Voraussetzung civis oder latinus geworden wäre. Im ersten Falle räumte man dem Patron und seinen Descendenten dasselbe Recht ein, wie wenn er wirklich civis gewesen wäre. Da er aber als peregrinus weder ein Testament, noch suos heredes hinterlassen konnte, so fiel der Nachlaß immer an den Patron oder seine Descendenten. Im zweiten Falle wurde es ganz gehalten, wie wenn der Verstorbene latinus gewesen wäre. Gaj. III. §. 74—76.

(*ee*) Nach der lex Iulia et Papia Poppaea soll dem Patron, und nach den Umständen auch der Patronin, selbst neben den leiblichen Descendenten des Verstorbenen, wenn ihrer nicht mehr als zwei sind, und die Erbschaft wenigstens 100,000 Sestertien beträgt, eine Virilportion deferirt werden. Gaj. III. §. 42—53. — Ulp. XXIX. §. 3—7. — §. 2. J. 3. 7. (8.)

(*f*) Ueber den Fall, wenn einer von zwei Patronen noch lebte, s. Ulp. XXVII. §. 2.

(*g*) Mehrere theilten nach Köpfen. Ulp. l. c. §. 4. — Paul. S. R. III. 2. §. 3. Nach einem Senatusconsult aus der Zeit von Claudius konnte der Patron eine assignatio liberti an eines der berechtigten Kinder mit der Wirkung vornehmen, daß dieses Kind und seine Nachkommenschaft den übrigen vorging. Inst. 3. 8. (9.) — Dig. 38. 4. Waren keine agnatischen Descendenten vorhanden, so sollen von den Gentilen die nächsten agnatischen Seitenverwandten des Patrons (oder der Patronin) gerufen wor-

den sein, und wenn dieser ein Freigelassener war, sein Patron oder seine agnatischen Descendenten. So wegen fr. 195. §. 1. D. 50. 16 und Collat. XVI. 9. §. 1.: v. Keller a. a. O. Dagegen sind: Huschke Studien B. 1. S. 96 und Unterholzner a. a. O.

(*h*) Coll. XVI. §. 9. — §. 3. 4. J. 3. 9. (10.)

(*i*) Gaj. III. §. 17. — Coll. XVI. §. 4.

(*k*) Schon Gaj. l. c. sagt: totum gentilicium ius in desuetudinem abiisse.

(*l*) Gaj. l. c. sagt, er habe in dem Comment. I. angegeben, wer die gentiles gewesen seien. Diese Stelle des comm. I. fehlt aber in der Veronesischen Handschrift. Die Hauptstellen sind: Cic. Top. c. 6. de oratore c. 39. — Liv. X. 8. XXXIX. 19. — Festus v gens v. gentiles. — Ueber die verschiedenen Ansichten s.: E. M. Chladenius de gentilitate veterum Romanor. Lips. 1742. — C. F. Muehlenbruch de veterum Romanor. gent. et familiis. Rost. 1807. — Niebuhr B 1. S. 330 ff. — Huschke Studien B. 1. S. 135 ff — Göttling Gesch. der R. Staatsverf. S. 62 ff. — Becker Handb. der R. Alterth. B. 2. S. 35 ff. — Glück S. 228 ff. — Ihering Geist des R. R. B. 1. S. 168 ff. — Böcking Inst. B. 1. §. 57. — Lange Röm. Alterth. B. 1. S. 162 ff. — Rein Privatr. der Römer S. 506 ff. — Walter Gesch. des R. R. B 1. §. 14. 15. 50. — Vering S. 432 u. 435. — Köppen S. 7 ff. — Schirmer S. 138 ff.

(*m*) Gaj. III. §. 18 seqq.

(*mm*) Dafür konnte aber der Gerufene die hereditas in iure cediren. Gaj. II. §. 35. III. §. 85. Ulp IX. §. 12 seq.

(*n*) Gaj. III. §. 9. 12. 17. — Ulp. XXVI. §. 5. — Paul. IV. 8. §. 23. — §. 7. J. 3. 2. — fr. 1. §. 8. D. 38. 16. — Glück S. 157 ff. 225 ff. — Hugo S. 270 ff. — Schilling Bemerk. S. 80 ff. — Huschke Studien S. 140. Anm. 5. — Leist B. P. B. 1. S. 107 ff. 206 ff. — Schirmer S. 255 ff.

§. 614 e.

II. Nach dem prätorischen Rechte.

Zur intestati B. P. wurden zur Zeit der klassischen Juristen gerufen: A. gewöhnlich (*a*): 1. ex edicto unde liberi (*b*) die sui heredes und diejenigen leiblichen Descendenten, die nur deswegen nicht zu den sui heredes gehörten, weil sie von dem Erblasser emancipirt worden waren, vorausgesetzt, daß dieselben sich nicht in aliena familia befanden. Dem emancipatus des Erblassers wurden nach und nach andere leibliche Kinder gleichgestellt, die der Art der Abstammung nach sui heredes hätten sein können und sich nicht in adoptiva familia befanden (*c*). Getheilt wurde die Erbschaft in dieser Klasse, wie nach Civilrecht unter die sui heredes. Nur wenn neben dem emancipatus dessen eigene Kinder als sui gerufen wurden, erhielt er nach dem edictum de coniungendis cum emancipato liberis eius, einer nova clausula Iuliani, von der Portion, die ihm ohne diese Concurrenz allein deferirt worden wäre, nur die Hälfte, und die andere erhielten seine Kinder (*d*). Nach dieser ersten Klasse, die nur vorkommen konnte, wenn eine Mannsperson zu beerben war, wurden 2. ex edicto unde legitimi heredes (*e*) die nämlichen Personen gerufen, die im concreten Falle nach Civilrecht zur Intestaterbfolge gerufen waren; auch wurde unter sie die Erbschaft ganz ebenso vertheilt wie nach Civilrecht. Sodann 3. ex edicto unde cognati (*f*) alle Verwandten bis zum sechsten Grade und von denen des siebenten Grades noch ex sobrino sobrinaque natus natave (*g*), und zwar ohne Unterschied zwischen Agnaten und bloßen Cognaten und ohne Unterschied zwischen Descendenten, Ascendenten und Seitenverwandten, aber so, daß die dem Grade nach näheren den entfernteren vorgingen und daß die gleich nahen nach Köpfen theilten. Zuletzt wurde 4. ex edicto unde vir et uxor (*h*) diejenige Person gerufen, die im Augen-

blicke des Todes des Erblassers mit demselben in einer giltigen Ehe lebte. B. War der Verstorbene ex mancipio manumittirt, und zwar von einem extraneus (*hh*), so kamen die angegebenen Regeln zur Anwendung mit der einzigen Abweichung, daß nach der Klasse der liberi und vor dem ex edicto unde legitimi zu rufenden extraneus manumissor oder seinen Descendenten ex edicto unde decem personae (*i*) die Verwandten des ersten und zweiten Grades, aber nur diese, gerade so gerufen wurden, wie sonst nach der Klasse der legitimi ex edicto unde cognati. C. War der Verstorbene aus der Sclaverei freigelassen (*k*), so wurden die unter A. angegebenen vier Klassen gerufen (*kk*), aber außer diesen noch drei andere Klassen, nämlich nach den Cognaten und vor dem überlebenden Ehegatten zuerst familia patroni (*l*) und dann patronus, patrona item liberi et parentes patroni patronaeque, und nach dem überlebenden Ehegatten cognati manumissoris, qui ex lege Furia plus quam mille asses capere possunt, d. h. die nämlichen, die, wenn der Manumissor zu beerben wäre und es zu der Klasse der Cognaten käme, zu seiner B. P. gerufen sein würden. — Von diesen Klassen der B. P. wurde die folgende durch die vorhergehende nur dann ausgeschlossen, wenn Jemand aus dieser die B. P. annahm; sonst trat überall die jetzt s. g. successio ordinum ein (*m*). In einigen Klassen kam auch die jetzt s. g. successio graduum vor, d. h. den näheren, welche die ihnen deferirte B. P. nicht annahmen, rückten zunächst die entfernteren aus derselben Klasse nach; so namentlich in der Klasse der cognati und in der Klasse der cognati manumissoris (*n*).

(*a*) Gaj. III. §. 18 seqq., besonders §. 25 seqq. — Ulp. XXVIII. §. 7 seqq. — §. 3. J. 3. 9. (10.) — Hugo RG. S. 591 ff. — Glück S. 338 ff. — Danz Lehrb. B. 2. S. 60 ff. — Leist B. 1. S. 200 ff. B. 2. Abth. 1. S. 6 ff. — Vering S. 619 ff. — Köppen S. 22 ff. — Schirmer S. 140—152.

(*b*) Gaj. III. §. 26. — Ulp. XXVIII. §. 8. — §. 9—13. J. 3. 1. — Dig. 38. 6.

(*c*) Fritz in v. Grolman's und v. Löhr's Mag. B. 4. (2.) Nr. 13. (Außer den in dieser Abhandlung besprochenen Fällen dürften noch die Fälle in fr. 1. §. 9. fr. 2. D. 37. 4. hieher gehören. Auch ist es sehr wahrscheinlich, daß die im §. 564 angeführten Beendigungsarten der väterlichen Gewalt hinsichtlich der B. P. unde liberi und der B. P. contra tab. der Emancipation im Laufe der Zeit gleichgestellt wurden, und daß die Worte des fr. 1. §. 6. D. 37. 4: „sive alias exierunt de patris potestate", sich auf sie wie auf fr. 1. §. 9. fr. 2. eod. beziehen). — Schirmer Erbr. S. 140—148.

(*d*) So auch bei der contra tabulas B. P. — Dig. 37. 8. — Vergl. Leist B. 2. Abth. 1. S. 153.

(*e*) Gaj. III. §. 27. 28. — Dig. 38. 7.

(*f*) Gaj. III. §. 28—31. — XXVIII. §. 9. — Inst. III. 5 seqq. — Dig. 38. 8.

(*g*) Ueber den Sinn dieses Ausdruckes vergl.: Goldschmidt in Löhr's Mag. B. 3. (1.) S. 354 ff. und Heidelb. Jahrb. Jahrg. 12. S. 764.

(*h*) Coll. XVI. 8. — §. 3. 4. J. 3. 9. (10.) — Dig. 38. 11.

(*hh*) Ueber den Fall, wenn er von einem parens manumittirt war, s. unten Note *kk*.

(*i*) Coll. XVI. 9. — Köppen S. 29. 32. 41 ff.

(*k*) Ulp. XXVIII. §. 7. — Coll. XVI. 9. — Fragm. Vat. §. 301. — §. 3. 4. J. l. c. — Glück S. 728 ff. — Göschen in Hugo's civ. Mag. B. 4. S. 257—358. Erb das. B. 5. S. 129 ff. — Unterholzner in der Zeitschr. für geschichtl. RW. B. 5. S. 55 ff. — Huschke Studien S. 58 ff. und im Rhein. Mus. B. 6. S. 95 ff. — Danz Lehrb. B. 2. S. 63 ff. — Walter RG. B. 2. §. 657 u. 658. — Vering S. 623.

(*kk*) Neben der ersten Klasse, so wie auch neben solchen sui, welche die B. P. ex ed. unde liberi nicht agnoscirten, wurde hier unter Umständen die B. P. contra suos liberti gegeben, und ebenso in dem Falle der Note *hh*. S. unten §. 654 Note **.

(*l*) In Justinian's Institutionen heißt es: „tamquam ex familia."

(*m*) ULP. XXVIII. §. 10. 11. — §. 4. in f. — 6. J. 3. 9. (10.) — fr. 1. pr. §. 8. 10. D. 38. 9. — Dig. 38. 15.

(*n*) Auffallend ist es, daß ein Theil der Römischen Juristen in der Klasse der legitimi heredes, wenn der nähere Agnat ausschlug oder die Frist versäumte, den entfernteren nachrücken lassen wollte, während man von diesem doch nicht sagen konnte, er sei als legitimus heres gerufen. GAJ. III. §. 28.

§. 614 f.

III. Nach dem neuern Civilrechte. A. Unter den heidnischen Kaisern.

Unter den Kaisern wurden durch civilrechtliche Vorschriften allmählig Aenderungen getroffen, die in der Richtung des prätorischen Edictes noch viel weiter gingen als dieses. Die zwei ersten Neuerungen dieser Art wurden schon unter Hadrian und Mark Aurel gemacht. 1. Der Mutter, die vorher zur legitima hereditas und zur B. P. ex edicto unde legitimi nur als consanguinea, also wenn sie in der manus des Vaters gestanden, sonst aber blos zur B. P. ex edicto unde cognati gerufen wurde, wird durch das *SCtum Tertyllianum* oder *Tertullianum* (*a*) die legitima hereditas deferirt, wenn sie zwar nicht consanguinea ist, aber als Freigeborene drei, als Freigelassene vier Kinder hat. Sie ist alsdann in der zweiten Klasse gerufen, aber unter der Voraussetzung, daß weder ein agnatischer Bruder die Erbschaft erwirbt, noch der leibliche Vater, dieser mag nun als parens manumissor oder auch nur zur B. P. cum re ex edicto unde cognati gerufen sein. Unter diesen Voraussetzungen concurrirt sie mit den agnatischen Schwestern und geht den übrigen Erben der zweiten Klasse vor. Der Satz: in legitimis hereditatibus non est successio, kam hier nicht in Anwendung. Er verhinderte weder die Delation aus dem SCtum Tertullianum, noch die weitere Delation an Denjenigen, dem die Mutter vorging. 2. Die Kinder eines verstorbenen Weibes, von welchen vorher dasselbe galt, wie vor dem SCtum Tertullianum von der Mutter, werden durch das *SCtum Orphitianum* (*b*) unbedingt vor allen Andern zur legitima hereditas gerufen, aber nur die Söhne und Töchter, nicht auch die Enkel u. s. w. Schlagen sie aus, so wird die Erbschaft auch nach Civilrecht weiter deferirt (*c*).

(*a*) ULP. XXVI. §. 8. — PAUL. IV. 9. — Inst. 3. 3. — Dig. 38. 17. — Glück S. 240 ff. — v. Löhr im Mag. B. 4. (2.) S. 109 ff. — Danz Lehrb. B. 2. S. 34 ff. — Vering S. 621 u. S. 635 ff. — Köppen S. 44 ff. — Schirmer S. 152 ff.

(*b*) ULP. XXVI. §. 7. — PAUL. IV. 10. — Inst. 3. 4. — Dig. 38. 17. — Glück S. 255 ff. — Schilling Bemerk. S. 380 ff. — Danz Lehrb. B. 2. S. 36. — Vering S. 621 u. S. 637. — Köppen S. 32. — Schirmer S. 162 ff. Dasselbe bezieht sich auch auf den Fall, wenn die Erblasserin eine Freigelassene ist, fr. 1. pr. D. l. c. Vergl. GAJ. III. §. 43. 51. — ULP. XXIX. §. 2.

(c) Der Satz: in legitimis hereditatibus non est successio, kommt auch hier nicht zur Anwendung. fr. 1. §. 9. seqq. D. 38. 17.

§. 614 g.

B. Unter den christlichen Kaisern.

Viele weitere ähnliche Aenderungen machten die christlichen Kaiser durch ihre Verordnungen. 1. Es kam nach und nach dahin, daß auch in dasjenige,

was einem *filiusfamilias* gehört (*a*), nach seinem Tode eine Intestaterbfolge Statt findet (*aa*); eine vollkommene Gleichstellung derselben mit der Intestatsuccession in den Nachlaß eines homo sui iuris erfolgte aber erst durch die Nov. 118. 2. Die Verwandten succedirten bis zur Nov. 118 im Ganzen nach den angegebenen Regeln des Civilrechts der frühern Zeit und des prätorischen Rechts als liberi, als legitimi und als cognati (*b*). Aber in manchen einzelnen Beziehungen wurden zu Gunsten solcher Personen, die bisher als bloße Cognaten zurückstehen mußten, Aenderungen getroffen (*c*), so namentlich zu Gunsten der Enkel eines Mannes von einer Tochter und der Enkel eines Weibes (*d*), ferner zu Gunsten der Mutter (*e*), sodann zu Gunsten der Geschwister (*f*), von welchen aber die vollbürtigen den halbbürtigen vorgezogen wurden (*g*), und endlich zu Gunsten der Söhne und Töchter vorverstorbener Geschwister (*h*). Auch hob Justinian bei der Succession der Agnaten als solcher die bisherige Zurücksetzung der Frauen auf (*i*) und führte hier eine s. g. successio graduum ein (*k*). Noch weiter ging er aber in der Nov. 118, indem er hier die bisherige Erbfolge-Ordnung der Verwandten ganz abschaffte und diejenige einführte, die in den beiden folgenden Titeln dargestellt wird. 3. Der überlebende Ehegatte (§. 627.) erlangte unter Justinian unter gewissen Voraussetzungen, zu welchen namentlich Dürftigkeit gehört, auch ein Intestaterbrecht neben Verwandten, ja sogar neben testamentarischen Erben. In der Nov. 117 wird aber dieses neue Erbrecht nur der Frau gelassen, so daß der Mann wieder immer, wie die Frau in der Regel, auf die B. P. ex edicto unde vir et uxor beschränkt ist, welche seltener deferirt wird, seitdem die Nov. 118 dem ihr vorgehenden Erbrecht der Verwandten eine größere Ausdehnung gegeben hat. 4. Ein *extraneus manumissor* (*l*) konnte seit Justinian's Verordnung über die Form der Emancipation (§. 567.) nicht mehr vorkommen, und eben deswegen fiel auch die B. P. ex edicto unde decem personae hinweg. Dagegen sollte aber der emancipirende Vater oder Großvater immer als parens manumissor angesehen werden, obgleich er dieses nicht mehr war (*m*). Die Nov. 118 äußert sich über diesen Punkt nicht speciell. 5. Ueber die Intestatsuccession in das Vermögen eines Freigelassenen erließ Valentinian III. einige neue Bestimmungen (*n*). Ganz neu wurde aber das patronatische Erbrecht von Justinian regulirt (*o*). Es soll nicht blos durch sui und andere zur B. P. ex edicto unde liberi oder durch das SCtum. Orphitianum gerufene, sondern überhaupt durch leibliche Descendenten des Verstorbenen ausgeschlossen sein, auch durch solche, die in der Sclaverei geboren, aber nachher frei geworden sind (*p*); es soll, wenn der Patron oder die Patronin nicht mehr lebt, den leiblichen Descendenten derselben bis zum fünften Grade, ohne Unterschied zwischen Agnaten und bloßen Cognaten, auf die bisherige Weise zustehen und nach ihnen den Seitenverwandten ebenfalls bis zum fünften Grade. Die drei besonderen Klassen der B. P. intestati, die hier (*q*) eingeführt waren, sind abgeschafft, und eben so das durch die lex Iulia eingeführte patronatische Erbrecht neben den leiblichen Descendenten eines centenarius libertus.

(*a*) v. Löhr in s. Mag. B. 4. (1.) S. 101 ff. — Glück a. a. O. S. 278 ff. — Mayer Erbr. S. 151 ff. — v. Vangerow B. 2. §. 409. IV. — Vering S. 640 ff. — Köppen S. 15 ff. — Schirmer S. 172—184.

(*aa*) S. besonders: const. 3. 4. 6. § 1. C. 6. 61. Die const. 3. cit. ist genommen aus Nov. Theod. tit. XIV. §. 8. (im Ius Antejust. p. 1248, bei Haenel p. 54.) — const. 7. § 1. C. 8. 59. — const. 11. C. 6. 59. — const. 36. C. 1. 3. — pr. J. 2. 12.

(*b*) Inst. III. 1—6. (7.) — §. 3. J. 3. 9. (10.) — Dig. XXXVIII. 6—10. 16. 17.— Cod. VI. 14. 15. 55 seqq.

(*c*) Glück S. 272 ff. — v. Vangerow B. 2. §. 409 und 410. — Danz Lehrb. B. 2. S. 36 ff. S. 40 ff. — Vering S. 637 ff. S. 642 u. 644. — Köppen S. 32 ff. — Schirmer S. 159 ff. S. 165 ff.

(*d*) const. 4. C. Th. 5. 1. (Vergl. const. 9. C. 6. 55. — §. 15. J. 3. 1. — §. 1. J. 3. 4) — const. ult. C. 6. 55. (§. 16. J. 3. 1.) — Nov. 18. c. 4.

(*e*) const. 1. 7. C. Th. 5. 1. — const. 2. 7. C. 8. 59. — §. 4. 5. J. 3. 3. — Nov. 22. c. 47.

(*f*) §. 1. J. 3. 5. — Theophil. ad h. l. — const. 4. C. 5. 30. — const. 5. C. 5. 70. — const. 15. §. 1. 2. C. 6. 58.

(*g*) Nov. 84.

(*h*) const. 14. pr. §. 1. const. 15. §. 3. C. 6. 58. — §. 3. J. 3. 2.

(*i*) const. 14. 15. pr. C. 6. 58. — §. 3. J. 3. 2.

(*k*) §. 7. J. 3. 2.

(*l*) Glück S. 283 ff. — M. S. Mayer de hereditate parentis manumissoris. Tub. 1832. — Francke de manumissor. succ. Spec. 1—3. Jen. 1834—38. — Mühlenbruch im Comment. Th. 35. S. 219 ff. Th. 37. S. 356 ff. — Vering S. 642. — Köppen S. 47. — Schirmer S. 187 ff.

(*m*) §. 6. J. 1. 12. — §. 8. J. 3. 2. — §. 4. J. 3. 9. Ueber das Verhältniß zur Mutter und den Geschwistern s. auch: const. 7. §. 1. C. 6. 56. — const. 13. C. 6. 58. — const. 2. C. 6. 16.

(*n*) Nov. Valentin. III. tit. XXIV. de libertis §. 2—8.

(*o*) const. 4. C. 6. 4. — §. 10. J. 3. 6. (pr. J. 3. 7.) — §. 3. J. 3. 7. (8.) — §. 4 J. 3. 9. (10.) — Unterholzner in der Zeitschr. f. geschichtl. RW. B. 5. S. 110 ff. — Danz RG. B. 2. S. 59. Durch Abschaffung der latina und der dedititia libertas (§. 120) fielen auch die oben §. 614 e. Note *e* herausgehobenen Regeln hinweg. §. 4. J. 3. 7. (8.)

(*p*) Ueber die Ascendenten und Geschwister des Freigelassenen schweigen unsere Schriftsteller. S. aber: const. 4. cit. §. 11. vergl. mit §. 9. u. 15. — §. 3. J. cit.

(*q*) Für den Fall, wenn nicht ein Freigelassener, sondern ein nach der Freilassung geborener Descendent eines Freigelassenen stirbt, verordnet Justinian in const. 4. cit. §. 23, unter Erwähnung der besondern B. P., welche hier eingeführt gewesen: nur wenn ein Sohn oder eine Tochter eines oder einer Freigelassenen ohne Testament und ohne Hinterlassung von Verwandten sterbe, solle der Patron und die Patronin, nicht aber Angehörige derselben gerufen sein. Ueber das frühere Recht s.: Unterholzner a. a. O. S. 115 ff. — v. Keller Grundr. §. 302 am E. — Vering S. 43. Note 3.

Zweiter Titel.

Allgemeine Grundsätze des Justinianeischen Rechts.

§. 615.

I. Wann tritt Intestaterbfolge ein?

Die Intestaterbfolge tritt der Regel nach erst dann ein, wenn kein testamentarischer Erbe vorhanden oder zu hoffen ist (§. 611.) (*a*). Also: 1. wenn der Verstorbene gar kein Testament hinterlassen hat; 2. wenn das vorhandene Testament von Anfang an ungiltig ist, und 3. wenn dasselbe zwar von Anfang an giltig gewesen, in der Folge aber dergestalt ungiltig geworden ist, daß auch nicht einmal eine bonorum possessio secundum tabulas daraus agnoscirt werden kann (*b*). In dem ersten und zweiten Falle wird die Intestaterbfolge im Augenblicke des Todes des Erblassers eröffnet, im dritten Falle hingegen muß man unterscheiden, ob das Testament vor oder nach dem

Tode des Erblassers ungiltig wird. Ist jenes, so wird die Intestaterbfolge wiederum im Augenblicke des Todes des Erblassers, sonst aber erst in dem Augenblicke eröffnet, wo es gewiß ist, daß der testamentarische Erbe wegfällt (*c*).

(*a*) pr. J. 3. 1. — fr. 39. D. 29. 2. — const. 8. C. 6. 59.

(*b*) Vergl. unten §. 674. 676. 677.

(*c*) §. 6. J. 3. 2. — fr. 2. §. 5. D. 38. 16.

§. 616.

II. Von dem Erbfolgerechte. A. Grund desselben.

Die Fähigkeit, ab intestato zu succediren, oder das Intestat-Erbfolgerecht in abstracto (wie es die Neuern nennen), beruht unter Voraussetzung der allgemeinen Successionsfähigkeit (§. 614 c.) nach dem neuesten Römischen Rechte (*a*): A. hauptsächlich auf der Blutsverwandtschaft mit dem Erblasser, ohne Unterschied übrigens, ob diese Cognation oder Agnation ist (*b*). Die Verwandtschaft muß aber in der Regel durch eheliche Erzeugung begründet sein. Die unehelichen Kinder (*bb*) und ihre Nachkommen beerben zwar die uneheliche Mutter und deren Verwandte in der Regel (*c*), und werden umgekehrt von ihrer Mutter oder deren Verwandten beerbt, wie wenn sie eheliche Kinder wären (*d*); dagegen ihren Vater und dessen Verwandte beerben sie nicht und werden von ihnen nicht beerbt, wie wenn sie eheliche Kinder wären. Dieses gilt nach Römischem Rechte auch von den in einer putativen Ehe erzeugten Kindern (§. 512.). Uebrigens stehen die liberi naturales nicht nur, wenn sie legitimirt sind, mit ihren Nachkommen den ehelichen Kindern gleich (*e*), sondern sie sollen, wenn ihr Vater ohne Hinterlassung ehelicher Kinder oder einer rechtmäßigen Ehefrau stirbt, auch ohne Legitimation neben den ordentlichen Intestaterben den sechsten Theil seines Nachlasses erhalten, den sie dann mit ihrer Mutter theilen müssen (*f*), und dieselbe Quote, die eines derselben in diesem Falle ansprechen könnte, kann auch der Vater von dem Vermögen des Kindes verlangen, wenn dieses vor ihm stirbt (*ff*). B. Auch durch Adoption wird ein Intestaterbrecht begründet (§. 551—552), und zwar sind: 1. die arrogirten und die in s. g. adoptio plena gegebenen Kinder (*fff*) erbfähig in Ansehung des Adoptivvaters und dessen Agnaten, so wie sie umgekehrt von diesen beerbt werden (*g*); die Ehefrau des Adoptivvaters und deren Verwandten beerben sie aber nicht (*h*); 2. die in s. g. adoptio minus plena gegebenen Kinder (*hh*) sind erbfähig in Ansehung ihres Adoptivvaters, werden aber nicht von ihm beerbt und beerben auch seine Agnaten nicht (*i*); 3. die von einer Frauensperson adoptirten Kinder beerben ihre Adoptivmutter, aber nicht auch die Verwandten derselben (*k*). Uebrigens setzt die Erbfähigkeit durch Adoption voraus, daß das Adoptionsband bis zum Tode des Erblassers fortgedauert habe (*l*). Adoptirte Kinder jeder Art können auch ihre leiblichen Eltern beerben und von diesen beerbt werden (*m*). Dabei ist so viel gewiß, daß der unvollkommen Adoptirte seine leiblichen Eltern, wie vor der Novelle, als Kind beerbt. Ob aber der Arrogirte und der vollkommen Adoptirte seinen leiblichen Vater ebenfalls als Kind in der ersten Klasse (*n*), oder nur als Verwandter in der vierten Klasse (*o*) beerbt und von demselben beerbt wird, ist streitig. C. Endlich haben auch noch mehrere andere Personen aus besondern Gründen und unter

gewissen, unten (§. 627—630.) näher zu erörternden, Voraussetzungen ein Intestaterbrecht auf das Vermögen des Verstorbenen.

(*a*) Nov. 118. — Nov. 127. pr. cap. 1.

(*b*) Nov. 118. cap. 4. Dagegen gibt die Schwägerschaft kein Erbrecht. const. 7. C. 6. 59. — Roßhirt Erbrecht Cap. 1. §. 22.

(*bb*) Glück Intestaterbf. §. 127—139. 155. 156. — Roßhirt Erbr. Cap. 1. §. 29. — Hunger §. 124. — Mayer §. 81 u. 82. — Arndts im Rechtslex. B. 5. S. 684 u. 685. — v. Vangerow §. 413. — Vering S. 446 ff. — Schirmer S. 209 ff.

(*c*) Eine Ausnahme, die heut zu Tage hinwegfällt, enthält const. 5. C. 6. 57. Eine andere will man gewöhnlich finden in const. 6. C. 5. 5. — Nov. 12. c. 1. — Nov. 74. c. 6. — Nov. 89. c. 15. — Heise de successoribus necessariis. Gött. 1802. p. 61. — Spangenberg im Arch. für civ. Prax. B 12. S. 447 und in s. prakt. Erört. B. 1. S. 67. — Mühlenbruch in Glück's Comm. Th. 35. S. 158 ff. — Brinz Pand. S. 804. S. aber dagegen: Roßhirt a. a. O. S. 211 ff. — Fritz in s. Ausg. von Wening-Ingenheim B. 5. §. 21. — v. Vangerow §. 413. — Sintenis prakt. Civilr. §. 162. Note 8. Vergl. auch Schirmer S. 226 ff.

(*d*) §. 4. J. 3. 5. — §. 3. J. 3. 4. — const. 5. C. 6. 57. — Glück opusc. fasc. IV. pag. 99. — Heise l. c. §. 29—33. — v. Bülow Abhandl. Th. 1. nr. 8.

(*e*) const. 10. C. 5. 27. — Nov. 89. c. 8. c. 9. §. 1. — Nov. 74. c. 2. — cap. 1. X. 4. 17. — Madihn de legitime natorum portione legitima in successione cum legitimatis. Halae 1755. — Guil. Pet. Kohl de successione ab intestato per rescr. legitimatorum exstantibus liberis legitime natis. Gött. 1800. — Pfeiffer verm. Auff. S. 246. — Glück a. a. O. §. 139.

(*f*) Nov. 18. c. 5. — Nov. 89. c. 12. §. 4. 6. Dies sollte bei uns eigentlich hinwegfallen, denn da der Concubinat bei uns keine erlaubte Verbindung mehr ist, so sind die liberi naturales den spuriis gleich zu achten. Indessen ist der Gerichtsgebrauch für die Anwendung, und in einzelnen Ländern sogar auch zu Gunsten anderer unehelichen Kinder. Mayer das Intestaterbrecht der liberi naturales nach dem heutigen Röm. Recht. Tüb. 1838. Jedoch ist er gegen die Theilnahme der Mutter. Seuffert Arch. B. 9. Nr. 46. Ueber Abweichungen in einzelnen norddeutschen Gegenden s. Schirmer §. 12. Note 12 u. 31. — Ueber das Erbrecht der Brautkinder s. man: Glück Intestaterbf. §. 155. — Pape in Hagemann's und Günther's Archiv. für theoret. und prakt. Rechtsgelehrsamkeit Th. 4. Nr. 7. — Uhlein im Arch. für civ. Pr. B. 13. S. 121. — Schirmer S. 215 ff.

(*ff*) Nov. 89. c. 13.

(*fff*) Ebenso ihre agnatischen Descendenten.

(*g*) §. 2. J. 1. 11. — const. 10. pr. §. 5. C. 8. 48. — §. 2. 14. J. 3. 1. — Roßhirt Erbr. Cap. 1. §. 23. Vergl. auch v. Buchholtz jur. Abh. S. 102.

(*h*) fr. 23. D. 1. 7.

(*hh*) Nicht ihre Descendenten, auch nicht die agnatischen.

(*i*) const. 10. §. 1. C. 8. 48.

(*k*) const. 5. C. ibid.

(*l*) §. 11. J. 3. 1.

(*m*) Weil die Blutsverwandtschaft zwischen ihnen und ihren leiblichen Eltern, durch welche nach Nov. 118 das Successionsrecht begründet wird, der geschehenen Adoption ohnerachtet fortdauert. — Lehr in Hagemann's und Günther's Archiv für die theor. und pract. Rechtsgelehrsamkeit B. 5. nr. 9. — Deshalb fand auch schon nach prätorischem Recht eine gegenseitige Beerbung wenigstens in der Klasse unde cognati Statt, woran Justinian in const. 10. C. 8. 48 bei der s. g. adoptio plena Nichts ändert. A. M.: Mühlenbruch in der Forts. des Glück'schen Comm. Th. 35. S. 169 ff. und theilweise auch Büchel Streitfr. S. 41 ff.; s. aber: v. Vangerow §. 412. — Arndts im Rechtslex. B. 5. S. 688 ff. — Schirmer S. 201 Note 17.

(*n*) Dies wird behauptet von Glück §. 157—159. — Thibaut System §. 857. (9. Aufl. §. 875.) und in s. civ. Abh. S. 115. — Schmitt von der Adoption §. 58. — Roßhirt S. 106. 296. 397.

(*o*) Wie er vor der Nov. 118 nur ex edicto unde cognati gerufen wurde. Dies hat besonders Löhr in s. Mag. B. 3. S. 398 zu vertheidigen gesucht, und ihm ist beigetreten Puchta Pand. §. 454 u. Vorles. dazu. Noch weiter geht Mühlenbruch in der Fortsetzung von Glück's Comm. Th. 35. S 174 und in s. Lehrb. §. 633 Note 4. S. dagegen besonders: Heidelb. Jahrb. 1819. S. 768. — Büchel S. 51 ff. — Mayer Erbr. S. 197. Note 6. — v. Vangerow §. 412. — Arndts a. a O. 686 ff. — Schirmer S. 206 Note 25.

§. 617.

B. Zeit der Successionsfähigkeit der Intestaterben.

Der Intestaterbe muß übrigens zu der Zeit, wo ihm die Erbfolge deferirt wird (§. 615.), und von da an ununterbrochen bis zur Antretung der Erbschaft, successionsfähig sein (*a*). Darauf aber, ob er zur Zeit der Delation der Erbschaft schon geboren, oder noch Embryo ist, kommt Nichts an, vielmehr kann der letztere, wenn er nur zur gehörigen Zeit (§. 539.) als Mensch, lebendig geboren wird (§. 118.), sein Erbrecht geltend machen, wie wenn er zur Zeit des Todes des Erblassers schon geboren gewesen wäre (*b*).

(*a*) fr. 1. §. 4. D. 38. 17. Vergl. §. 4. J. 2. 19. — fr. 49. §. 1. fr. 59. §. 4 D. 28. 5. — fr. 54. D. 29. 2. — Schöman Handb. des Civilr. B. 2. S. 172.

(*b*) Nach der Regel: Nasciturus pro iam nato habetur, si de eius commodo agitur (§. 118.). S. auch fr. 1. §. 5. D. 38. 17.

§. 618.

III. Von der Erbfolge-Ordnung. A. Ueberhaupt.

Nicht alle Personen, welche ein Intestat-Erbfolgerecht in abstracto haben (§. 616.), gelangen aber beim Tode des Erblassers immer zugleich zur Succession, sondern das Gesetz bestimmt unter ihnen eine gewisse Reihenfolge, welche man die Erbfolge-Ordnung oder das Erbfolgerecht *in concreto* (ordo succedendi) nennt (*a*). Diese beruht bei der Succession der Verwandten zunächst nicht sowohl auf der Nähe des Grades der Verwandtschaft mit dem Erblasser, als vielmehr auf der Art derselben, ob nämlich Jemand Descendent, Ascendent oder Seitenverwandter des Erblassers ist. Zur leichtern Uebersicht dieser Erbfolge-Ordnung hat man die ab intestato successionsfähigen Verwandten in vier Klassen gebracht (*b*). In der ersten Klasse succediren: die Descendenten des Erblassers, und zwar, ohne Rücksicht auf Gradesnähe, alle diejenigen Descendenten, zwischen denen und dem Erblasser in ihrem Stamme kein noch lebender Descendent desselben in der Mitte steht; in der zweiten: die dem Grade nach nächsten Ascendenten, die vollbürtigen Geschwister des Erblassers und die Söhne und Töchter der vor dem Erblasser verstorbenen vollbürtigen Geschwister desselben; in der dritten: die halbbürtigen Geschwister des Erblassers und die Söhne und Töchter der vor dem Erblasser verstorbenen halbbürtigen Geschwister desselben; in der vierten: die dem Grade nach nächsten Seitenverwandten, welche nicht in der zweiten oder dritten Klasse vorkommen, ohne Unterschied, ob sie vollbürtig oder halbbürtig sind (*c*).

(*a*) Ad. Fr. H. Posse Prüfung des Unterschiedes zwischen Erbfolgerecht und Erbfolge-Ordnung. Rostock u. Leipz. 1796. — Runde Beitr. zur Erläuterung rechtlicher Gegenstände B. 1. nr. 13.

(*b*) Diese Klassen sind zwar nicht den Worten, aber doch der Sache nach in der Nov. 118 und in der Nov. 127 begründet. — Koch succ. ab. int. §. 19.

(*c*) Diese vier Klassen hat man in folgende Verse gebracht:

Descendens omnis succedit in ordine primo,
Ascendens propior, germanus, filius eius.
Tunc latere ex uno iunctus quoque filius eius,
Denique proximior reliquorum quisque superstes.

Sie finden sich schon bei Koch l. c. Zwischen dem dritten und vierten Verse findet man zuweilen, z. B. in Hugo heut. R. R. 7te Ausg. S. 186, noch folgende eingeschaltet:

Hi cuncti in stirpes succedunt, in capita autem
Iuncti ascendentes fratrum proles quoque sola,

welchen Heinr. Ge. Wittich in seinem System des Civilrechts B. 3. §. 311 noch einen dritten hinzugefügt hat:

Cognatusque heres, quem continet ultima classis.

Allein diese drei eingeschalteten Verse beziehen sich nicht auf die Successionsordnung, sondern auf die Art und Weise, wie und zu welchem Theile die zunächst gerufenen Erben succediren. Man s. Glück Intestaterbfolge §. 149.

§. 619.

B. Besondere Grundsätze.

Von diesen vier Klassen gelten nun insbesondere noch folgende Grundsätze: 1. Die frühere Klasse schließt die spätere unbedingt aus, d. h. so lange noch Personen vorhanden sind, die in eine frühere Klasse gehören, kann kein Erbe einer späteren Klasse zur Succession gelangen. 2. Bei der Beerbung eines Ascendenten gilt zu Gunsten seiner Enkel, Urenkel u. s. w. ein auf keinen Grad beschränktes s. g. Repräsentationsrecht, kraft dessen die entfernteren Descendenten des Erblassers in die Stelle ihres parentis praedefuncti eintreten und zusammen soviel von der Erbschaft erhalten, als ihr parens praedefunctus erhalten haben würde, wenn er den Erblasser überlebt hätte (*a*). Dieses Repräsentationsrecht galt im ältern Rechte nur bei den Descendenten des Erblassers, bei diesen war es aber auch auf keinen Grad beschränkt (*b*). Justinian gab es auch den Söhnen und Töchtern sowohl der vollbürtigen als der halbbürtigen Geschwister des Erblassers, aber auch nur diesen, nicht auch den Enkeln der Geschwister des Erblassers, welche daher auch nicht in der zweiten und dritten, sondern erst in der vierten Klasse zur Succession gelangen können (*c*). Die Wirksamkeit dieses Rechts hängt übrigens weder bei den Descendenten des Erblassers noch bei den Söhnen und Töchtern der Geschwister desselben davon ab, daß derjenige, welcher nach gesetzlicher Vorschrift in die Stelle seines parentis praedefuncti eintreten soll, auch Erbe desselben geworden sei (*d*). 3. Bei allen vier Klassen findet eine successio graduum et ordinum Statt, d. h. wenn der in einer Klasse zunächst Gerufene wegfällt und keine Miterben hat, denen seine Portion accrescirt (*e*), oder diese ebenfalls sämmtlich wegfallen, so wird die Erbschaft denjenigen deferirt, welche in derselben Klasse nach dem Wegfallenden die zunächst Gerufenen sind (successio graduum). Wenn aber in derjenigen Klasse, zu welcher die zunächst gerufenen, aber wegfallenden Erben gehören, keine erbfähigen Personen mehr vorhanden sind, oder wenn sämmtliche Erben dieser Klasse nach der successio graduum wegfallen, so wird die Erbschaft den in der folgenden Klasse zunächst gerufenen Erben deferirt (successio ordinum) (*f*).

(*a*) Der Ausdruck ius repraesentationis kommt zwar im Röm. Rechte nicht vor, wohl aber die Sache selbst. Nov. 118. cap. 1. — „sic tamen, ut, si quem horum descendentium filios relinquentem mori contigerit, illius filios aut filias, aut alios

descendentes *in proprii parentis locum succedere — — — tantam de hereditate morientis accipientes partem, quanticunque sint, quantam eorum parens, si viveret, habuisset: quam successionem in stirpes vocavit antiquitas.*" Damit ist besonders zu vergleichen §. 6. J. 3. 1. — Ueber die ganze Lehre s. man: Chr. Gmelin Diss. exhib. historiam repraesentationis ex iure civ. Rom. Tubing. 1787. — Glück Intestaterbfolge §. 23—26 b. — Car. Frid. Normann Diss. de iure repraesentationis. Hafniae 1828. — Büchel Streitfr. S. 217—230. Vergl. auch: Hugo civ. Mag. B. 5. S. 252.

(*b*) Viele Rechtsgelehrte, z. B. Jo. Frid. Doles Diss. de iure repraesentationis in successione descendentium exule. Lips. 1778. und Glück a. a. O., behaupten indeß, daß die Descendenten des Erblassers nicht iure repraesentationis, sondern iure proprio succediren, und daß von einem Repräsentationsrechte bei ihnen nur in Beziehung auf Erbtheilung die Rede sein könne. Dadurch kommen sie denn zu unrichtigen Unterscheidungen zwischen dem s. g. Repräsentationsrechte in der ersten und dem in der zweiten und dritten Klasse, s. z. B. Note *d*. Der Grundfehler war bisher, daß man unrichtige Folgerungen aus dem Repräsentationsrechte ableitete. Deshalb verwirft denn Büchel diesen Ausdruck ganz und gebraucht dafür den Ausdruck gesetzliche Substitution. S. auch: v. Vangerow §. 414. — Puchta Pand. §. 457 und Dessen Vorles. zu diesem §. — Sintenis prakt. Civilr. §. 163. Note 11.

(*c*) Nov. 118. c. 3. verb. „Si autem defuncto fratres — — si superstes esset." — Nov. 127. pr. verb. „Meminimus — — et illius ferentes portionem."

(*d*) A. M. in Rücksicht der Söhne und Töchter der Geschwister des Erblassers ist Glück a. a. O. S. 105. Allein man sehe: Bucher System der Pandekten, 3te Aufl. §. 374. und besonders: Francke Erläut. einz. Rechtsmaterien B. 1. S. 176., ferner die in der Note *b*. citirten neuesten Schriftsteller.

(*e*) Glück a. a. O. §. 45. 150. 152. *Eiusd.* opusc. Fasc. 4. p. 190. 208. — Thibaut System §. 680. 683. — A. M. ist Puchta Pand. §. 453. Note *y*, und Burchardi Lehrb. §. 370 Anm. 8 u. 9, welche die s. g. succ. ordinum allgemein, die s. g. succ. graduum aber nur in der zweiten Klasse bei den Ascendenten und in der vierten Klasse annehmen, ferner Büchel S. 171 ff., welcher wenigstens den Neffen und Nichten den Anspruch auf die succ. graduum abspricht. S. aber: v. Vangerow §. 420. — Sintenis §. 163 Note 15. — v. Helmolt civ. Abhandl. H. 1. S. 66 ff. — Schirmer S. 261 ff. Weit streitiger als die Allgemeingiltigkeit der succ. graduum ist der früher fast allgemein angenommen gewesene Vorzug des Accrescenzrechts vor der succ. graduum. Dagegen s. namentlich: Francke a. a. O. S. 167. — Valett Pandektenrecht §. 949. — Mayer Anwachsungsr. S. 284 ff. — Witte das preuß. Intestaterbr. S. 284 u. im Rechtslex. B. 1. S. 279 ff. — Sintenis a. a. O Note 16. — Brinz Pand. S. 808 ff. Dafür aber u. A.: Braun Erört. zu Thibaut ad §. 680. — Baumeister vom Accrescenzrechte S. 35 bis 47. — Roßhirt Erbrecht S. 409. — Büchel Streitfr. S. 82 ff. — v. Vangerow a. a. O. — Arndts im Rechtslex. B. 5. S. 695. — v. Helmolt a. a. O. besonders S. 33—83. — v. Savigny Syst. B. 8. S. 484 ff. — Schirmer S. 264 ff.

(*f*) Die successio wird zuerst durch das prätorische edictum successorium eingeführt (§. 614 d. am E.) Justinian erweitert sie schon lange vor der Nov. 118. (§. 614 g. Note *k*.) S. §. 7. J. 3. 2. — §. 4. 5. J. 3. 9. (10) In der Nov. 118 spricht er sich nicht ausdrücklich darüber aus.

§. 620.

IV. Von der Vertheilung der Erbschaft. A. Ueberhaupt.

Wenn mehrere Verwandte nach der gesetzlichen Successionsordnung zugleich zur Erbschaft gerufen sind, so fragt es sich: zum wievielsten Theile jeder von ihnen zur Erbschaft gerufen ist (*a*)? In Beziehung auf diese Frage kann nun die Vertheilung der Erbschaft überhaupt auf dreifache Art erfolgen: 1. entweder so, daß die Erbschaft in so viel gleiche Theile getheilt wird, als erbende Personen vorhanden sind, von denen jede alsdann einen Kopftheil (portio virilis) erhält. Diese Art der Erbvertheilung nennt man

successio in capita (*b*). 2. Oder so, daß nur so viel gleiche Theile gemacht werden, als die succedirenden Personen unter sich Stämme ausmachen, so daß auf jeden Hauptstamm Eine Portion fällt, die sich alsdann unter den dazu gehörigen Personen entweder nach Köpfen, oder wieder nach Stämmen vertheilt. Dieß heißt successio in stirpes (*c*). 3. Oder so, daß die Erbschaft in zwei gleiche Hälften zerfällt, von denen die eine den väterlichen, die andere den mütterlichen Ascendenten des Erblassers zugetheilt wird, und von denen alsdann eine jede auf ihrer Seite sich wiederum nach Köpfen vertheilt. Dieß ist die s. g. successio in lineas (*d*).

(*a*) Vergl. Hugo heut. Röm. Recht. 7te Ausg. S. 181—184. — v. Buchholtz jur. Abh. S. 394. — Schirmer S. 270—276.

(*b*) In der Nov. 118. cap. 3. §. 1 wird diese Erbvertheilungsart folgendermaßen ausgedrückt: „secundum personarum numerum inter eos hereditas dividatur: quod *in capita* nostrae leges appellant."

(*c*) Von den zu einem und demselben Stamm gehörigen Personen heißt es in der Nov. 118. cap. 1.: „tantam de hereditate morientis accipientes partem, quanticunque sint, quantam eorum parens, si viveret, habuisset, quam successionem *in stirpes* vocavit antiquitas." S. auch cap. 3. pr.

(*d*) Die Nov. 118. cap. 2 drückt dies so aus: „ex aequo inter eos (ascendentes paternos et maternos) hereditas dividatur: et medietatem quidem accipiant omnes a patre ascendentes, quanticunque fuerint: medietatem vero reliquam a matre ascendentes, quantoscunque eos inveniri contigerit."

§. 621.

B. Einfluß der mehrfachen Verwandtschaft auf die Vertheilung der Erbschaft (*a*).

Die mehrfache Verwandtschaft mit dem Erblasser (§. 134) gibt oft ein Recht zu mehreren Erbportionen und zwar allenthalben da, wo nach Stämmen (in stirpes) oder nach Seiten (in lineas), niemals aber da, wo von Anfang an nur nach Köpfen getheilt wird (*b*). In diesem letztern Falle wird vielmehr jeder Kopf nur einmal gezählt, in den beiden ersteren Fällen hingegen nimmt er in jedem Stamme, welchem er angehört, an der Stammportion, oder auf jeder Seite, welcher er angehört, an der Seitenhälfte Antheil und wird solchergestalt mehrmals gerechnet (*c*).

(*a*) H. Im. Klüpfel über die Vielfachheit der Verwandtschaft und ihre Wirkungen, besonders in Rücksicht auf das Recht der Erbfolge. Stuttgart 1792. — J. Chrph. Koch Grundlinien einer neuen Theorie von der Succession mehrfacher Verwandten. Gießen 1798. — Glück Intestaterbfolge §. 39—41. — Schirmer S. 286 u. 287.

(*b*) Justinian hat dieß zwar nicht ausdrücklich gesagt, allein es folgt aus der Natur der successio in capita, in stirpes und in lineas. Hugo heut. Röm. Recht. 7te Ausg. S. 185.

(*c*) Es ist eine sehr gewöhnliche Behauptung, selbst bei denjenigen Rechtsgelehrten, welche die hier vorgetragene Theorie für richtig halten, daß bei Collateralen des Erblassers die mehrfache Verwandtschaft mit demselben immer ohne Einfluß auf die Größe der Erbportion sei, weil sie nur bei solchen Collateralen vorkommen könne, welche in die vierte Klasse gehörten (?), hier aber immer in capita getheilt werde. Man s.: Koch a. a. O. §. 5. — Glück a. a. O. S. 145. Allein es ist sehr leicht möglich, daß ein frater uterinus des Erblassers eine soror consanguinea desselben heirathet, wo alsdann die in dieser Ehe erzeugten Kinder doppelte Neffen des Erblassers sind und als solche bei der Concurrenz mit ihren Oheimen und Tanten doppelte Portionen erhalten müssen. (S. jetzt auch Schirmer a. a. O. Note 47.) Heut zu Tage gehört auch der Fall hierher, wenn Bruder und Schwester des Erblassers in einer putativen Ehe gelebt und Kinder gezeugt haben. Hugo in den Gött. gel. Anz. 1799. S. 191.

Ein vollbürtiger Seitenverwandter ist zwar als solcher doppelt verwandt, allein diese doppelte Verwandtschaft gibt ihm nach dem Römischen Recht nie einen Anspruch auf zwei Erbportionen, weil da, wo sie die Ursache ist, daß er zweien Stämmen angehört, nach Röm. Recht nie nach Stämmen, sondern immer nach Köpfen getheilt wird. S. oben §. 134. a. E.

Dritter Titel.

Besondere Darstellung der Intestaterbfolge.

§. 622.

I. Erbfolge der Verwandten (*). Erste Klasse.

Zunächst gelangen die erbfähigen Descendenten des Erblassers zur Succession, und zwar von allen zur Zeit der Eröffnung der Intestaterbfolge vorhandenen diejenigen, welche in ihrem Stamme die nächsten sind, ohne daß sonst etwas auf Geschlecht, Nähe des Grades, väterliche Gewalt, Erstgeburt oder darauf ankommt, ob sie aus derselben Ehe oder aus verschiedenen Ehen entsprossen sind (*a*). Sind blos Descendenten des ersten Grades vorhanden, so wird die Erbschaft nach Köpfen, in allen übrigen Fällen aber, also auch in dem, wo alle zur Erbfolge gelangenden Descendenten von Einem Sohne oder Einer Tochter des Erblassers abstammen (*b*), nach Stämmen vertheilt (*c*).

(*) Es ist hier nur die Rede von der Erbfolge der Blutsverwandten. Ueber die Succession und Beerbung der adoptirten Kinder, s. oben §. 551—553. und §. 616. B.

(*a*) Nov. 118. cap. 1. 4. — G. L. Boehmer de discrimine suorum et emancipatorum in successione intestati iure novo sublato; in elect. iur. civ. T. 1. nr. 5. — Glück §. 153—162.

(*b*) In diesem Falle ist die Frage streitig. Sie ist hier in Beziehung auf die Vertheilung einer den Descendenten ab intestato zugefallenen Erbschaft ohne praktisches Interesse; sie wird aber wichtig, wenn von der Berechnung des Pflichttheiles der einzelnen Enkel und der Portion der armen Wittwe die Rede ist (§. 627. not. *d*. §. 656.). Man s. besonders: Leonh. Lud. Glieb. Süptitz de nepotibus ex filio unico avo non in capita sed in stirpes succedentibus. Helmstad. 1806. — Glück in der ersten Ausgabe der Int.-Erbf. S. 83. vertheidigte die succ. in capita, allein in der zweiten Ausg. S. 129. hat er seine frühere Meinung geändert. S. auch: Arndts im Rechtslex. B. 5. S. 698. — Büchel Streitfr. S. 226 ff. — v. Vangerow S. 415. Anm. 1. — Schirmer S. 237. Note 12.

(*c*) §. 6. 16. J. 3. 1. — Nov. 118. cap. 1. — In Beziehung auf den väterlichen Niesbrauch an den Adventitien der Kinder sind hier noch folgende beide Fälle zu bemerken: 1. Wenn ein filiusfamilias mit Hinterlassung von Descendenten stirbt, die sich nicht mehr in der Gewalt des Vaters des Verstorbenen befinden, so erben diese zwar das pecul. adventitium des Verstorbenen, mit Ausschluß des Vaters desselben, dieser aber behält den Niesbrauch, den er bisher daran hatte, auf Zeitlebens. const. 11. C. 6. 59. — const. 6. §. 1. C. 6. 61. — 2. Ein Großvater hat seinen Sohn nicht mehr in seiner Gewalt, wohl aber noch den Enkel von demselben. Dieser letztere stirbt ohne Descendenten. Hier erbt sein Vater das pec. adventitium desselben mit Ausschluß des Großvaters, dieser aber behält den Niesbrauch, den er bisher hatte. const. 3. C. 6. 61. Auf diese früheren Constitutionen bezieht es sich, wenn es in der Nov. 118. cap. 1. heißt: „Nam in usufructu harum rerum, qui debet acquiri, aut servari, nostras de his omnibus leges parentibus custodimus." Vergl. Löhr im Mag. B. 4. (2.) Nr. 7—9. und im Arch. für civ. Pr. B. 10. S. 165. — Roßhirt Erbrecht Cap. 1. §. 14—16. Cap. 2. §. 5. 9. 15. — Schirmer S. 293 und 294.

§. 623.

Zweite Klasse. 1. Wer succedirt?

Sind keine erbfähige Descendenten des Erblassers vorhanden, oder fallen sie sämmtlich weg, so kommen die Erben der zweiten Klasse zur Succession (*a*). Dahin gehören: 1. Die dem Grade nach nächsten erbfähigen Ascendenten des Erblassers, und zwar ohne Unterschied, zu welcher Seite sie gehören, so daß der nähere Ascendent nicht blos den entfernteren seiner Seite, sondern auch den entfernteren der anderen Seite unbedingt ausschließt, gleich nahe auf derselben oder auf beiden Seiten aber zugleich zur Succession gelangen. 2. Die vollbürtigen Brüder und Schwestern des Erblassers, vorausgesetzt, daß sie in Ansehung beider Eltern erbfähig sind (*b*). 3. Die Söhne und Töchter, nicht auch die Enkel, der vor dem Erblasser verstorbenen vollbürtigen Geschwister desselben. Alle diese Personen kommen zugleich und neben einander zur Erbfolge (*c*) (*d*).

(*a*) Glück §. 163—186.

(*b*) Nov. 118. c. 2. 3.

(*c*) Nach der Nov. 118 c. 3. verb. „Si autem cum fratribus defuncti etiam ascendentes etc.“ gelangten Geschwisterkinder des Erblassers neben Ascendenten desselben nicht zur Succession. (Die Nov. 118. beruft mithin die Verwandten in fünf Klassen. A. M.: Büchel S. 178 ff., welcher behauptet, hier seien die vollbürtigen Neffen und Nichten erst in der letzten Klasse berufen gewesen; s. aber v. Vangerow §. 415. Anm. 2.) Dieß ist jedoch von Justinian durch Nov. 127. c. 1. abgeändert worden. S. übrigens §. 624. Note c.

(*d*) Nach der Nov. 118. c. 2. soll zwar der Vater mit den vollbürtigen Geschwistern des Verstorbenen (von denen er vor der Novelle ausgeschlossen wurde, const. 11. C. 6. 59. — const. 3. 4. 6. pr. §. 1. C. 6. 61.) zugleich erben, dann aber auch den Niesbrauch an dem den Geschwistern zufallenden Theile nicht haben. (§. 560.) — Glück §. 174. — Löhr im Arch. für civ. Praxis B. 10. S. 165.

§. 624.

2. Wie wird getheilt?

Die Art der Vertheilung der Erbschaft ist in dieser Klasse nach den verschiedenen hier möglichen Concurrenzfällen sehr verschieden. 1. Wenn blos Ascendenten vorhanden sind, die zur Succession gelangen, und zwar: a) blos auf einer Seite, so wird die Erbschaft nach Köpfen unter ihnen vertheilt; b) auf beiden Seiten, dann tritt die s. g. Lineal-Vertheilung ein (§. 620). 2. Wenn blos vollbürtige Geschwister und Kinder derselben zur Succession gelangen, so wird: a) wenn blos Brüder und Schwestern vorhanden sind, nach Köpfen, hingegen b) wenn Geschwister mit Söhnen und Töchtern von vorher verstorbenen Geschwistern des Erblassers concurriren, nach Stämmen getheilt. c) Sind blos Söhne und Töchter verstorbener vollbürtiger Geschwister da, so wird die Erbschaft nach Köpfen vertheilt, wenn sie sämmtlich von Einem Bruder oder von Einer Schwester abstammen; stammen sie aber von verschiedenen Geschwistern ab, so ist es streitig, ob sie nach Römischem Rechte nach Köpfen oder nach Stämmen zu vertheilen ist (*a*). 3. Wenn Ascendenten mit vollbürtigen Geschwistern und deren Kindern zusammentreffen, so wird: a) wenn blos vollbürtige Brüder und Schwestern mit Ascendenten concurriren, nach Köpfen getheilt; wenn hingegen b) Ascendenten, Geschwister und Söhne oder Töchter verstorbener Geschwister vorhanden sind, so erhalten die Ascendenten

und Geschwister Kopftheile, die Söhne und Töchter der verstorbenen Geschwister hingegen nur Stammportionen (*b*), und wenn endlich c) blos Söhne und Töchter verstorbener Geschwister mit Ascendenten concurriren, so erhalten jene wiederum nur Stammportionen, während diese Kopftheile bekommen (*c*).

(*a*) Dieser schon zwischen Azo und Accursius stattgehabte Streit ist für Deutschland durch den Reichstagsabschied von 1529. §. 31. nach der Meinung des erstern zu Gunsten der Kopftheilung entschieden. Man sehe: Gerstlacher Handb. der deutschen Reichsgesetze Th. 10. 2483. — Glück §. 175—180. — Roßhirt Cap. 2. §. 19. — Büchel S. 190 ff. — Deurer Grundriß §. 228. — Schirmer S. 277 ff.

(*b*) Vergl. Schrader Abhandl. aus dem Civilrechte S. 184.

(c) Ob übrigens in diesem Falle, d. h. wenn Ascendenten, aber keine Geschwister des Erblassers mehr leben, die Geschwisterkinder neben den Ascendenten überhaupt zur Succession gelangen, ist streitig. Der deutsche Gerichtsbrauch hat sich aber im Geiste der Nov. 127. c. 1. für die Zulassung derselben in stirpes erklärt. Glück §. 173, a. E. — Roßhirt Cap. 2. §. 17. — Hunger Erbr. S. 417 ff. — Büchel S. 170. und S. 208. — v. Vangerow §. 416. Anm. 1. — v. Helmolt a. a. O. S. 12 u. 13. — Schirmer S. 251. S. jedoch auch Seufferts Arch. B. 5. Nr. 300.

§. 625.

Dritte Klasse.

Sind keine Erben der zweiten Klasse vorhanden, oder fallen sie sämmtlich weg, so gelangt die dritte Klasse zur Succession. Zu dieser gehören: 1. die halbbürtigen Geschwister des Erblassers, ohne Unterschied, ob sie consanguinei oder uterini des Erblassers sind. 2. Die Söhne und Töchter der vor dem Erblasser verstorbenen halbbürtigen Geschwister desselben (*a*). In Ansehung der Erbvertheilung gelten auch in dieser Klasse die im vorigen Paragraphen unter Nro. 2 aufgestellten Grundsätze. Auf den Unterschied der Güter, ob der Erblasser sie von väterlicher oder mütterlicher Seite erworben hatte, kommt in dieser Klasse eben so wenig als in einer der übrigen etwas an (*b*).

(*a*) Nov. 118. cap. 3. — Glück §. 187—191.

(*b*) Glück S. 711. Vergl. damit: Löhr im Mag. B. 4. (2.) Nr. 9. — Francke Erläut. einzelner Rechtsmaterien B. 1. S. 162. — Guyet Abh. aus dem Civilrechte S. 15. — Schirmer S. 289. Note 50.

§. 626.

Vierte Klasse.

In Ermangelung von Personen aus einer der vorhergehenden Klassen gelangt in der vierten derjenige Seitenverwandte zur Succession, welcher dem Grade nach am nächsten mit dem Erblasser verwandt ist, und zwar ohne Unterschied, ob er ein vollbürtiger oder nur ein halbbürtiger Seitenverwandter desselben ist (*a*). Sind mehrere gleich nahe Verwandte vorhanden, so gelangen sie zugleich zur Erbfolge und theilen die Erbschaft nach Köpfen (*b*).

(*a*) Glück §. 192. 193.

(*b*) Nov. 118. c. 3. in fin.

§. 627.

II. Erbfolge anderer Personen. A. Succession der Ehegatten.

Außer den Verwandten haben auch noch andere Personen aus besondern Gründen ein Successionsrecht. Dahin gehört: A. das Successionsrecht des

überlebenden Ehegatten des Verstorbenen. Die Fälle, in denen ein solches eintritt, sind folgende: 1. Wenn ein Ehegatte stirbt, ohne erbfähige Verwandte zu hinterlassen, oder doch ohne von ihnen beerbt zu werden, so succedirt der Ueberlebende, es sei der Mann oder die Frau, und zwar auch noch jetzt nach dem prätorischen Edicte unde vir et uxor (§. 614 e. und 614 g.) (*a*). 2. Wenn ein reicher Ehemann mit Hinterlassung einer armen und nicht dotirten Wittwe stirbt, so hat nach Justinian's Verordnung die arme Wittwe neben den Verwandten des Verstorbenen, ohne Unterschied, wer diese sind, ein Recht auf einen Theil seines Vermögens (*b*), der ihr durch keine Disposition desselben entzogen werden kann (*c*). Dieser Theil ist so bestimmt, daß, wenn sie mit mehr als drei Descendenten des Mannes, sei es aus einer früheren Ehe desselben, oder aus ihrer eigenen, concurrirt, sie nur eine Virilportion (*d*), in allen übrigen Fällen aber, also wenn sie mit drei oder weniger Descendenten, oder mit andern Verwandten des Mannes, dieser mögen viele oder wenige sein, concurrirt, jederzeit quartam partem bonorum, nie aber mehr erhalten soll (*e*). An dem ihr gebührenden Theile erwirbt sie immer Eigenthum mit völlig freier Veräußerungsbefugniß, ausgenommen wenn sie Kinder von dem zu beerbenden Ehemanne (*ee*) hat, in welchem Falle sie den ihr, als armer Wittwe, zufallenden Theil diesen Kindern aufheben und nur den lebenslänglichen Niesbrauch (*eee*) daran haben soll (*f*).

(*a*) §. 6. J. 3. 9. (10.) — „Aliam vero bonorum possessionem, quae *unde vir et uxor* appellatur — — in suo vigore servavimus." — Dig. 38. 11. — Cod. 6. 18. — Roßhirt Erbrecht Cap. 1. §. 26. — Schirmer S. 232 ff.

(*b*) Nov. 117. cap. 5. Die frühern Verordnungen, worauf sich diese Novelle bezieht, sind Nov. 22. c. 18. — Nov. 53. c. 6. — Nov. 74. c. 5. M. s. über die ganze Lehre: Löhr im Mag. B. 3. (1.) Nr. 10. — Glück §. 117—126. — Zimmern Grundriß des Erbrechts. S. 59. Vergl. Schweppe Pand. 2te Ausg. §. 976. — Martin Rechtsgutachten B. 1. Nr. 10. — E. Spangenberg in Hagemann's prakt. Erört. Th. 8. Abth. 2. Nr. 13. — Roßhirt Erbrecht Cap. 1. §. 28.

(*c*) Nov. 53. cap. 6. Nach dieser Novelle gebührte auch dem armen Wittwer ein Recht auf die Quart, durch die Nov. 117. cap. 5. ist es ihm aber ausdrücklich wieder entzogen worden. (§. 535 a. u. §. 614 g. 3.)

(*d*) Die zu Einem Stamme gehörigen Descendenten sind indeß für Eine Person zu rechnen.

(*e*) Löhr a. a. O. — Hagemann prakt. Erört. B. 4. S. 362. — Francke Notherbenrecht §. 38.

(*ee*) Riebel in Linde's Zeitschr. n. F. B. 9. S. 277,

(*eee*) Nur den usus will ihr zugestehen v. Buchholtz in der allg. Lit.-Zeit. 1839 B. 4. S. 492. S. aber Osenbrüggen zur Interpretat. des corp. jur. Kiel 1842. Cap. 4. S. 35 ff.

(*f*) v. Löhr a. a. O. lehrte, die Wittwe werde auch in diesem Falle Eigenthümerin, müsse aber ihre Erbportion ihren Kindern aufheben. Später erklärte er sich jedoch für die gewöhnliche Ansicht, wonach sie nur den Niesbrauch erwirbt. Arch. für die civ. Pr. B. 22. Nr. 1. Dabei ist es nach Löhr Mag. a. a. O. S. 375 einerlei, ob sie blos mit eigenen Kindern, die sie vom verstorbenen Manne hat, oder theils mit eigenen, theils mit Kindern aus einer frühern Ehe ihres Mannes concurrirt. In beiden Fällen muß sie Alles, was sie als arme Wittwe erwirbt, ihren eigenen Kindern aufheben. A. M. sind jedoch: Koch bonor. poss. pag. 486—496. und dessen Grundlinien einer neuen Theorie von der Succession mehrfacher Verwandten S. 23. — Deurer Grundriß S. 229. — Schirmer S. 239. Noch weit mehr Widerspruch findet die Ansicht von Löhr im Arch. a. a. O. S. 5., daß Nov. 127 c. 3. (§. 535 b.) auch hier der Mutter, so lange sie nicht zur zweiten Ehe schreitet, mehr Recht einräume.

§. 628.

B. Succession des Freilassers und seiner Verwandten (*a*).

B. Ist der Erblasser ein Freigelassener, so ist auch nach dem neuesten Römischen Rechte, wenn keine leibliche Descendenten vorhanden sind, oder dieselben die Erbschaft nicht annehmen, der Patron, und es sind nach diesem seine leiblichen Descendenten bis zum fünften Grade, und dann seine Seitenverwandten, ebenfalls bis zum fünften Grade, zur Intestatsuccession gerufen. Unter den Descendenten des Patrons gehen, wie unter den Seitenverwandten desselben, die näheren den entfernteren vor und mehrere gleich nahe theilen nach Köpfen (*b*). (§. 614 d. 614 e. und 614 g.)

(*a*) Der Fall, wenn der Verpfleger eines Wahnsinnigen als solcher gerufen ist, gehört nicht hierher, sondern zu den Indignitäts-Fällen, wo er unten §. 685 b. II. B. 4. auch vorkommt.

(*b*) Ueber die assignatio liberti s. §. 614 d. Note *g*.

§. 629.

C. Succession gewisser Corporationen und des socius liberalitatis principis.

C. In Ermangelung aller Intestat- und Testamentserben eines Verstorbenen ist der Nachlaß desselben gewissen Corporationen, deren Mitglied er war, zugesprochen. Dahin gehörten nach Römischem Rechte (*): 1. die curia, wenn ein Decurio ohne Erben starb (*a*); 2. die cohortales (*aa*) der Provinz, in welcher ein cohortalis ohne Erben starb (*aaa*); 3. das collegium naviculariorum (*b*); 4. das collegium fabricensium (*bb*); 5. das Regiment, bei welchem der Soldat stand (*c*); 6. die Kirche, bei welcher der Geistliche angestellt war, und das Kloster, zu welchem der Mönch oder die Nonne gehörte (*d*). Außerdem ist hier noch zu bemerken, daß, wenn der Verstorbene mit einem Andern eine Sache vom Regenten gemeinschaftlich geschenkt erhalten hat und ohne alle Erben stirbt, sein Antheil an der geschenkten Sache dem socius liberalitatis principis zufällt, welcher aber, eben weil er nur den Antheil des Verstorbenen erhält, nicht als dessen Erbe, sondern nur als Singular-Successor zu betrachten ist (*e*).

(*) Die Vorschriften unter 1—4 erleiden heut zu Tage keine Anwendung.

(*a*) const. 1. C. Th. 5. 2. (Constantin vom J. 319.) — const. 4. C. 6. 62. — const. 1. C. 10. 34.

(*aa*) D. h. die Officialen und Apparitoren des Provinzialstatthalters.

(*aaa*) const. 3. C. 5. 4. (Constantius v. J. 349.)

(*b*) const. 1. C. 6. 62. (Constantius v. J. 357.)

(*bb*) Arbeiter in den kaiserlichen Waffenfabriken. const. 5. C. 6. 62. (Theod. II. und Valent. III. v. J. 438.)

(*c*) Die Legion. fr. 6. §. 7. D. 28. 3. (Hadrian.) Die vexillatio. const. 2. C. 6. 62. (Constantius v. J. 349.).

(*d*) const. 20. C. 1. 3. (Theod. II. u. Valent. III. v. J. 434.) — Nov. 131. c. 13. — Glück §. 203. 204. — Roßhirt Cap. 1. §. 32. 33. — Heut zu Tage räumt man ein gleiches Recht auch den Armenhäusern und Hospitälern ein, wenn ihre Pfleglinge, und den Universitäten, wenn ihre Mitglieder unbeerbt sterben, welches sich jedoch nur dann behaupten läßt, wenn ihnen die Gesetzgebung ein solches Successionsrecht besonders verliehen hat.

(*e*) const. un C. 10. 14. (Constantius v. J. 348.) — Glück §. 205.

§. 630.

D. Succession des Fiscus.

D. Sind von allen bisher genannten Intestaterben und Successoren keine da, so ist der Nachlaß **erblos** (bona vacantia) und fällt als solcher (*) dem **Fiscus** zu (*a*), welcher indeß von seinem Rechte binnen 4 Jahren Gebrauch machen muß, sonst verbleibt der Nachlaß demjenigen, der ihn besitzt (*b*). Ob nun der Fiscus, wenn er den erblosen Nachlaß annimmt, dabei als Universalsuccessor, oder nur als privilegirter Occupant kraft des dem Staate auf die bona vacantia zustehenden Hoheitsrechts zu betrachten sei, ist bestritten (*c*). Jedenfalls kann er nur dasjenige in Anspruch nehmen, was von dem Nachlasse nach Befriedigung der Gläubiger und Legatarien des Erblassers noch übrig bleibt (*d*). Die Frage aber, **welcher** Fiscus berechtigt ist, die bona vacantia in Anspruch zu nehmen, hängt davon ab, ob man ihn als Universalsuccessor oder blos als Occupanten betrachtet. Denn im ersten Falle würde der Fiscus desjenigen Staats, in welchem der Erblasser seinen Wohnsitz hatte, den ganzen Nachlaß desselben, auch wenn er im Auslande belegen sein sollte, in Anspruch nehmen können; im zweiten Falle würden die in verschiedenen Ländern belegenen erblosen Güter auch an verschiedene Staatskassen fallen (*e*).

(*) Dieser Anspruch der Staatskasse wurde zuerst durch die lex Iulia et Papia Poppaea eingeführt, und zwar zu Gunsten des aerarii populi Romani.

(*a*) fr. 2. D. 38. 9. — const. 1. 4. C. 10. 10. — J. Chr. **Majer** von der Succession des Fiscus. Ulm 1786.

(*b*) fr. 10. pr. §. 1. D. 44. 3. — **Unterholzner** Verjährungslehre B. 2. §. 301.

(*c*) Das Erstere, was nach fr. 13. §. 9. fr. 20. §. 7. fr. 54. D. 5. 3. — fr. 1. pr. D. 38. 9. — const. 5. C. 10. 10. — Nov. 1. c. 1. §. 3. und anderen Stellen richtiger zu sein scheint, wird behauptet von Cujacius comm. ad L. 4. C. de bon vac. — **Glück** §. 206. — v. **Buchholtz** jur. Abh. Nr. 4. Dagegen wird das Letztere vertheidigt von **Blume** im Rhein. Museum für Jurispr. B. 4. H. 2. S. 212. — **Elvers** prakt. Arbeiten Nr. 2. S. 42 ff. S. aber jetzt für das Erstere besonders: **Schröter** in **Linde's** Zeitschr. B. 10. Nr. 3. und C. A. Schmidt (Ilmenav.) de successione fisci in bona vacantia ex iure Romano. Jen. 1836. Vergl. auch: **Fritz** in der 5. Aufl. von **Wening-Ingenheim** B. 5. §. 39. und 40. — v. **Vangerow** §. 564. Ueber diese Universalsuccession s. auch v. **Rummel** das Verhältniß des Fiscus zu den bona vacantia. Dorp. 1840. — **Keller** Grundriß S. 296. — **Vering** Erbr. S. 567 ff.

(*d*) fr. 11. D. 49. 14. — fr. 96. §. 1. fr. 114 §. 2. D. 30. — **Francke** Beitr. B. 1. S. 158. — **Glück** §. 209.

(*e*) **Glück** §. 208. — **Blume** a. a. O.

Zweites Kapitel.

Von der testamentarischen Erbfolge.

Ueber die ganze Lehre: Donelli comm. iur. civ. Lib. 6. cap. 4—28. — Sam. Stryk de cautelis testamentorum. Ed. noviss. Halae 1738. — Just. **Claproth** Abh. v. Testamenten, Codicillen, Vermächtnissen und Fideicommissen. Gött. 1797. — **Ernst Christ. Westphal** Theorie des Röm. Rechts von Testamenten u. s. w. Leipz. 1790. — **Carl Friedr. von Dalwigk** Darstellung des Erbrechts (s. oben §. 604.) Zweiter Theil. Wiesbaden 1820. — **Glück** und **Mühlenbruch** Comm. Th. 33. S. 311 ff. Th. 34—42. S. 228. — **C. F. Roßhirt** das testamentarische Erbrecht bei den Römern und in der Anwendung auf unsere Zeit. 2. Bde. Heidelb. 1840.

§. 631.

Begriff eines letzten Willens.

Unter einem letzten Willen versteht man überhaupt jede Anordnung, die Jemand auf seinen Todesfall, besonders in Ansehung seines Vermögens, trifft (*a*). Derjenige, welcher eine solche Anordnung bei seinen Lebzeiten macht, wird dadurch nie gebunden, er kann sie zu jeder Zeit widerrufen oder abändern, und nur wenn er, ohne dieß zu thun, stirbt, ist sie von Kraft und Wirkung (*b*).

(*a*) fr. 1. D. 28. 1. „Testamentum est voluntatis nostrae iusta sententia, de eo, quod quis post mortem suam fieri velit.“ ULP. XX. §. 1.

(*b*) fr. 4. D. 34. 4. — — „Ambulatoria enim est voluntas defuncti usque ad vitae supremum exitum.“

§. 632.

Arten desselben.

Der letzte Wille eines Menschen ist nach Röm. Recht entweder ein Testament, oder ein Codicill. Ein Testament im Sinne des Römischen Rechts ist ein letzter Wille, welcher die Einsetzung wenigstens eines directen Erben enthält (*a*). Codicill (codicillus) dagegen heißt derjenige letzte Wille, welcher über die directe Erbfolge nichts bestimmt, sondern unter der Voraussetzung entweder einer testamentarischen oder der Intestat-Erbfolge nur sonstige Verfügungen auf den Todesfall enthält (*b*).

(*a*) §. 34. J. 2. 20. „Testamenta ex institutione heredis vim accipiunt, et veluti caput et fundamentum totius testamenti intelligitur heredis institutio.“ Vergl. fr. 1. §. 3. D. 28. 6. und fr. 20. D. 29. 7.

(*b*) §. 2. J. 2. 25. — const. 14. C. 6. 23. „Non codicillum sed testamentum aviam vestram facere voluisse, *institutio et exheredatio facta* probant evidenter.“.

Erster Titel.

Von der Fähigkeit zu testiren.

§. 633.

Bedingungen der testamenti factio (*a*). I. Freiheit und Civität.

Die Fähigkeit, ein Testament zu errichten, heißt testamenti factio (*b*). Die erste Bedingung derselben nach Röm. Rechte war: man mußte frei und Römischer Bürger sein. Aus diesem Grunde waren unfähig: die Sclaven (*c*) und alle peregrini, folglich auch jeder gewesene civis, der eine maxima oder media capitis deminutio erlitten hatte (*d*) (*e*).

(*a*) ULP. XX. §. 10 seqq. — GAJUS II. §. 112 seqq. — PAULUS III. 4. A. — Inst. 2. 12. — Dig. 28. 1. — Cod. 6. 22. — JO. GOTTL. HEINECCII Diss. de origine testamenti factionis. Franeq. 1276. et in opusc. Halae 1735. pag. 970. — ALB. DIET. TREKELL de origine atque progressu testamenti factionis, cum praef. GE. CHR. GEBAUER. Lips. 1739. — Glück Comm. Th. 33. S. 347 ff. Th. 34. — Zimmern Grundriß des Erbrechts S. 49.

(*b*) fr. 4. 18. pr. D. 28. 1. — Testamenti factio heißt aber auch die Fähigkeit, in einem letzten Willen bedacht zu werden. §. 4. J. 2. 19. — fr. 16. pr. D. 28. 1. — fr. 7. D. 41. 9. Daher unterscheiden die Neueren testamenti factio activa et passiva. Von der letztern wird unten §. 651. die Rede sein.

(*c*) Auch die ehemaligen latini Iuniani und dedititii (§. 120.). Gajus I. §. 23. III. §. 56. — Ulp. XIX. §. 4. XX. §. 8. 14. — Glück Comm. Th. 34. S. 53. — v. Vangerow die lat. Iun. S. 111.

(*d*) fr. 8. D. 28. 1. So namentlich: Derjenige, welcher in feindliche Gefangenschaft gekommen war. Starb indeß ein solcher in der Gefangenschaft, so wurde sein früher errichtetes Testament vermöge der fictio legis Corneliae aufrecht erhalten. Ulp. XXIII. §. 5. — §. 5. J. 2. 12. — fr. 12. D. 28. 1. — fr. 16. 18. D. 49. 15. Ferner der servus poenae (§. 120.), also namentlich auch der zum Tode Verurtheilte. fr. 8. §. 4. fr. 13. §. 2. D. 28. 1.

(*e*) Bei uns kommt es auf dieses Erforderniß nicht an. Indessen redet die Auth. *Omnes peregrini* C. 6. 59. nur von Ausländern und Reisenden und ertheilt diesen das Recht, an dem Orte, wo sie sich gerade aufhalten, ein Testament zu errichten. — Heut zu Tage verliert denn auch der zum Tode Verurtheilte die testamenti factio nicht: v. Wächter im neuen Archiv des Criminalr. B. 10. S. 641. und im Archiv für die civ. Prax. B. 17. S. 423 ff. Vergl. jedoch auch Mühlenbruch in Glück's Comm. Th. 39. S. 37 ff.

§. 634.

II. Fähigkeit, ein eigenes Vermögen zu haben.

Die zweite Bedingung war: man mußte ein eigenes Vermögen haben und hinterlassen können. Deshalb war jeder unfähig, zu testiren, der sich in der potestas (*) eines Andern befand. Der Grund war: quia filiusfamilias nihil suum habet (*a*). Ohnerachtet nun dieser Grund nach dem Aufkommen des s. g. peculii adventitii wegfiel, so blieb doch auch nach neuerem Rechte der filiusfamilias unfähig, zu testiren (*b*). Nur über sein castrense und quasi castrense peculium kann er letztwillig verfügen (*c*).

(*) Oder auch in der ehemaligen manus oder in dem ehemaligen mancipium.

(*a*) Ulp. XX. §. 10. — fr. 6. pr. fr. 19. D. 28. 1. — Glück Comm. Th. 34. §. 1407 a. S. 97.

(*b*) pr. J. 2. 12. — const. 11. C. 6. 22. — const. 8. §. 5. C. 6. 61.

(*c*) Ulp. XX. §. 10. — Gajus II. §. 106. — §. ult. J. 2. 11. — pr. J. 2. 12. — fr. 18. pr. D. 45. 3. — const. 11. 12. C. 6. 23. — const. 37. pr. C. 3. 28. — Löhr im Arch. für civ. Pr. B. 7. S. 266. Streitig ist es, ob das Canonische Recht auch Verfügungen ad pias causas über andere Peculien mit Einwilligung des parens für zulässig erklärt, oder ob cap. 4. in 6to. 3. 12. nur von der mortis causa donatio zu verstehen ist. Für das Letztere sind: Fritz im Arch. für civ. Pr. B. 6. S. 203., v. Vangerow §. 428. und die hier angeführten Schriftsteller; für das Erstere wieder: Heimbach im Rechtslex. B. 10. S. 726. 883 und Arndts Pand. §. 484. Anm. 3. Noch ist zu bemerken, daß ein Soldat, wenn es ungewiß ist, ob er sich noch in väterlicher Gewalt befinde oder nicht, ein giltiges Testament machen kann. fr. 11. §. 1. D. 29. 1. — fr. 9. D. 29. 7. — v. Buchholtz jnr. Abhandl. S. 397.

§. 635.

III. Fähigkeit, seinen letzten Willen zu erklären.

Die dritte Bedingung war: man mußte physisch und geistig fähig sein, seinen letzten Willen auf giltige Weise zu erklären. Aus diesem Grunde ist auch jetzt noch unfähig, zu testiren: 1. derjenige, welcher weder sprechen noch schreiben kann (*a*). Taubstumme, die es nicht von Geburt aus sind, können testiren, wenn sie schreiben können; wollen sie aber durch bloße Zeichen testiren, oder sind sie von Geburt aus taubstumm, so ist besondere Erlaubniß des Regenten dazu erforderlich (*b*). 2. Jeder, welchem zur Zeit der Errichtung des Testaments Verstandesgebrauch oder

Willensfreiheit fehlt, also insbesondere der furiosus und der diesem gleich stehende prodigus (*c*). Hohes Alter und Krankheit sind indeß, so lange sie den Verstandesgebrauch und die Besonnenheit nicht aufheben, kein Hinderniß (*d*). 3. Unmündige, welche selbst mit Auctorität des Tutors nicht testiren können (*e*); nach erlangter Mündigkeit können aber Minderjährige selbst ohne Consens des Curators testiren (*f*).

(*a*) const. 29. C. 6. 23. — Ueber ein von einem Sterbenden auf lauter Fragen, welche ein Dritter an ihn gestellt hatte, errichtetes Testament s. Geiger und Glück Rechtsfälle B. 3. Nr. 42 und Glück Comm. Th. 34. S. 23.

(*b*) Nach dem älteren Rechte konnte der surdus und der mutus nicht testiren. Ulp. XX. §. 13. — fr. 6 §. 1. fr. 7. D. 28. 1. Vergl. fr. 4. D. 29. 1 Nach Justinian's Verordnung können Beide testiren, jedoch der Stumme nur, wenn er das ganze Testament selbst schreibt, und der Taubstumme, wenn er es von Geburt an ist, gar nicht. §. 3. J. 2. 12. — const. 10. C. 6. 22. Greg. Majansii Disp. iur. civ. T. 1. disp. 30. — Ueber das heutige Recht: Notariats-Ordnung Tit. von Test. §. 4. 5. — Claproth von Testam. S. 14. — Gensler im Arch. für civ. Pr. B. 3. Nr. 22. und besonders W. Sell in den Sell'schen Jahrb. B. 2. S. 342 ff.

(*c*) Das vor dem Wahnsinne oder der interdictio errichtete Testament bleibt giltig. §. 1. 2. J. 2. 12. — fr. 18. pr. D. 28. 1. — const. 9. C. 6. 22.

(*d*) fr. 2. D. 28. 1. — const. 3. C. 6. 22.

(*e*) §. 1. J. 2 12. — fr. 19. D. 28. 1. — Bei der Berechnung der Testamentsmündigkeit kommt die Regel zur Anwendung: dies coeptus pro completo habetur. fr. 5. D. 28. 1. S. oben §. 182. und die dort Note *f*. angef. Schriftsteller. Außerdem noch: H. W. Schultes über die Mündigkeit zum Testiren. Jena 1800. (Darüber: Hugo in den Gött. gel. Anz. 1800. St. 110.) — Koch bonorum possessio. Gießen 1799. S. 456. — K. H. Fetzer Versuche zur Bildung des Römischen Rechts. Heilbronn 1802. S. 31. — Glück Comm. Th. 33. S. 395.

(*f*) fr. 20. §. 1. D. 34. 3. — Mündige Frauenspersonen konnten nach dem ältesten Recht, wenn sie nicht, wie die Vestalinnen, von der Tutel frei waren, in der Regel eben so wenig testiren, als Unmündige. Allein allmählig änderte sich dieses, indem das Civilrecht ihnen zuerst in gewissen Fällen und später allgemein gestattete, tutore auctore zu testiren, sodann der Prätor auch aus einem ohne tutoris auctoritas errichteten Testamente unter Umständen eine wirksame B. P. gab und endlich die mündigen Frauenspersonen nach und nach von der Tutel ganz frei und in Beziehung auf ihre Handlungsfähigkeit den Mannspersonen gleichgestellt wurden (§. 570. Note *). Cic. Top. c. 4. de republ. III. 10. — Gell. I. 12. — Gaj. I. §. 115 a. 142. II. §. 112. 113. 122. III. §. 43. — Ulp. XX. §. 15. — Hoffmann in der Zeitschr. für geschichtl. RW. B. 3. S. 309 ff. — v. Savigny das. S. 328 ff. u. in s. verm. Schriften B. 1. Nr. 10. — v. Keller Grundriß S. 282.

§. 636.

IV. Nicht lege intestabilis.

Endlich gibt es mehrere Personen, denen die testamenti factio zur Strafe durch das Gesetz entzogen worden ist (lege intestabiles) (*a*). Dahin gehören nach Römischem Rechte muthwillige Pasquillanten (*b*), Apostaten und einige Arten von Ketzern (*c*). Die Vorschrift, daß diejenigen, welche in Blutschande leben, nur zu Gunsten gewisser naher Verwandten testiren dürfen (*d*), fällt nach dem neuesten Justinianeischen Rechte wieder weg (*e*) (*f*).

(*a*) fr. 18. §. 1. D. 28. 1. — Theophilus ad §. 6. J. 2. 10. — Marezoll über bürg. Ehre S. 85 ff. — Glück Comm. Th. 34. S. 65 ff. — v. Buchholtz jur. Abh. Nr. 5. — v. Wächter im Arch. für die civ. Pr. B. 17. Nr. 14. Wie viel von diesen Vorschriften des Röm. Rechts heut zu Tage anwendbar sei, darüber s. besonders v. Wächter a. a. O.

(*b*) fr. 18. §. 1. D. 28. 1. — fr. 21. pr. D. 22. 5. — fr. 3. §. 9. 10. D. 47. 10.

(*c*) const. 1. C. 1. 7. — const. 4. §. 5. C. 1. 5. — Nov. 115. c. 3. §. 14. — v. Buchholtz a. a. O. S. 117 ff.

(*d*) const. 6. C. 5. 5.

(*e*) Nov. 12. c. 1. 3. — v. Wächter a. a. O. S. 434 ff.

(*f*) Nach Canonischem Rechte sollen auch diejenigen nicht testiren dürfen, welche notorisch Zinsen nehmen und dieselben nicht wieder ersetzen. cap. 3. X. 3. 28. — cap. 2. §. 1. de usuris (5. 5.) in 6to. Auch diese Vorschrift leidet heut zu Tage keine Anwendung. v. Wächter a. a. O. S. 421 ff.

Zweiter Titel.

Von der Form der Testamente (*a*).

§. 637.

Allgemeine Eintheilung der Testamente.

In Rücksicht ihrer äußern Form sind die Testamente nach dem neuern Röm. Rechte (*b*) entweder solche, die unter öffentlicher Auctorität errichtet werden (s. g. testamenta publica), oder bloße Privattestamente (s. g. testamenta privata).

(*a*) Ueber die Form der Testamente: Gajus II. §. 101—108. — Ulp. XX. §. 2—9. Inst. 2. 10. — Theophilus ad h. t. — Dig. 28. 1. — Cod. 6. 23. — Cicero de nat. Deor. II. 3. — Gellius 15. 20. — Heineccii Diss. de origine testamenti factionis et ritu testandi antiquo. Franeq. 1726. et in opusc. Halae 1735. pag. 970. — Alb. Dietr. Trekell de origine atque progressu testamenti factionis praesertim apud Romanos, cum. praef. Ge. Chr. Gebauer. Lipsiae 1739. Schrader in Hugo's civ. Mag. B. 5. S. 152. — Dirksen Uebersicht der Versuche zur Herstellung der 12 Taf. S. 320. — v. Savigny in der Zeitschr. für gesch. RW. B. 1. Nr. 5. und mit einem Nachtrag von 1849 in s. verm. Schriften B. 1. Nr. 7. — Dessen Gesch. des Röm. Rechts im Mittelalter B. 1. S. 81. 2te Ausg. §. 27. S. 107. B. 2. S. 182. 2te Ausg. §. 67. S. 189. — J. H. Dernburg Beiträge zur Geschichte der Röm. Testamente. Bonn 1821. — Gans Scholien zu Gajus S. 279. — Spangenberg Beitrag zu der Lehre von den Testamenten; im Arch. für die civ. Pr. B. 5. Nr. 5. — Löhr ebendas. B. 6. Nr. 16. — Walch Pr. de mutata a Constantino testam. iur. civ. forma. Jenae 1823. — Guyet Abh. aus dem Civilrechte S. 31 ff. — Puchta Institutionen S. XLII. — H. A. Zachariae comm. de fiducia. Gothae 1830. cap. 8. — Glück Comm. Th. 34. §. 1408—1412 c. — W. H. Puchta Handb. der freiw. Gerichtsbarkeit 2te Ausg. Th. 2. §. 205—209. — Leist die B. P. B. 2 Abth. 2. S. 106 ff. — Bachofen ausgewählte Lehren des R. Civilr. Nr. 9. — v. Keller Grundriß S. 276. („Die drei alten Formen der Testamente.")

(*b*) In der ältesten Zeit bestand die äußere Form des Testaments darin, daß es entweder calatis comitiis oder in procinctu errichtet wurde. Schon frühe kam es aber auf, daß auch per aes et libram, oder mit andern Worten per familiae mancipationem et testamenti nuncupationem, testirt werden konnte, wobei sieben männliche mündige Römische Bürger zugezogen werden mußten, nämlich fünf als Zeugen, einer als libripens und einer als familiae emtor. Eine Zeit lang zog man den heres selbst zu, später trat an seine Stelle der familiae emtor. Die beiden ursprünglichen Formen kamen nun nach und nach außer Gebrauch. Der Prätor gab auch B. P. aus einem Testamente, welchem es an der Civilform fehlte, welches aber von sieben zugezogenen männlichen mündigen Römischen Bürgern versiegelt war. So gab es denn zur Zeit der klassischen Juristen ein Civiltestament per aes et libram und ein prätorisches Testament. Uebrigens konnten Soldaten seit Trajan und Hadrian ohne alle Form testiren, was aber Justinian nur während eines Feldzuges gestattet. Durch Gewohnheit kam unter den Kaisern die Form des gerichtlichen Testaments auf, die in den Quellen nur einmal erwähnt wird, nämlich in einer Verordnung von

von Honorius und Theodos, worin auch die Form des testamenti principi oblati für hinreichend erklärt wird. Theodos II. gibt über das vor sieben Mitbürgern zu errichtende Testament eine neue Verordnung, wodurch aller Unterschied zwischen der Form des prätorischen und der des Civiltestaments aufgehoben wird. Spätere Kaiser fügten noch einige Bestimmungen hinzu, namentlich auch einige Ausnahmsgesetze.

§. 638.

Oeffentliche Testamente (*a*).

Unter öffentlicher Auctorität kann ein Testament auf doppelte Art errichtet werden: 1. entweder dadurch, daß der Testator dasselbe dem Regenten überreicht (testamentum principi oblatum); 2. oder dadurch, daß er dasselbe bei irgend einer mit Civil-Jurisdiction versehenen Obrigkeit zu Protocoll gibt (testamentum actis magistratus insinuatum, jetzt gewöhnlich testamentum iudiciale genannt) (*b*). In dem einen wie in dem andern Falle sind wegen des durch den Regenten, oder durch die gerichtliche Behörde begründeten öffentlichen Glaubens keine weiteren Förmlichkeiten erforderlich (*c*).

(*a*) Donelli comm. iur. civ. Lib. 6. c. 6.

(*b*) Von beiden Arten der öffentlichen Testamente handelt const. 19. C. 6. 23. — C. F. Walch de testamento principi oblato. In opusc. Halae 1785. T. 1. pag. 120. — C. G. Hübner disputt. iuris civ. lib. 1 nr. 3. — v. Savigny Gesch. des Röm. Rechts im Mittelalter B. 1. S. 82. 2te Ausg. S. 107. — von Ende jur. Abh. Th. 1. Nr. 32. — Glück Comm. Th. 34. S. 156 ff. S. 188 ff. — Roßhirt in s. Zeitschr. B. 2. S. 36 ff. Test. Erbr. B. 1. S. 446 ff. — Flach Entscheid. des Obrapp.-Ger. zu Wiesbaden B. 2. S. 154 ff. — Sintenis Civilr. B. 3. §. 168. — Heimbach im Rechtslex. B. 10. S. 378 ff.

(*c*) In Deutschland kann das gerichtliche Testament auch schriftlich überreicht werden, und es ist alsdann nach gemeinem Rechte nicht erforderlich, daß es von dem Gerichte dem Testator nochmals vorgelesen und von diesem genehmigt werde. Doch ist dieß streitig. S. darüber: Thibaut im Arch. für civ. Pr. B. 6. S. 226. — Ueber die Zulässigkeit der Ueberreichung eines öffentlichen Testaments durch einen Bevollmächtigten s. man: Glück S. 91 ff. — Guyet im Arch. für civ. Pr. B. 13. S. 254. — Mühlenbruch in Glück's Comm. Th. 38. S. 305 ff.

§. 639.

Privattestamente (*a*).

Die Privattestamente, welche sowohl mündlich (per nuncupationem), als schriftlich (per scripturam) errichtet werden können, erfordern dagegen die Beobachtung mehrerer anderer Formalitäten. Die äußere Form der Privattestamente ist übrigens entweder die ordentliche, oder eine außerordentliche. Jene bildet die Regel, diese tritt ausnahmsweise bei gewissen Testamenten ein und besteht in der Verminderung, oder der Vermehrung, oder der Veränderung der gewöhnlichen Formalitäten.

(*a*) Donelli comm. iur. civ. Lib. 6. c. 7—10.

§. 640.

I. Ordentliche Testamentsform. A. Allgemeine Erfordernisse.

Zu der ordentlichen Form eines jeden Privattestaments, es werde schriftlich oder mündlich errichtet, gehört: 1. die Gegenwart von sieben Zeugen (*a*). Diese müssen besonders rogirt sein, d. h. der Testator muß

ihnen seine Absicht, daß er ein Testament errichten wolle, erklärt und sie zum Zeugniß dabei aufgefordert haben (*b*); sie müssen ferner zur Zeit der Testamentserrichtung (*c*) fähig zu einem solchen Zeugnisse und freiwillig zu diesem Zweck vor dem Testator gegenwärtig sein (*d*); daß sie ihn aber auch persönlich kennen, ist nicht erforderlich (*dd*). Unfähig sind alle verstandes- und willenlose Menschen, Unmündige, Taube und Stumme (*e*), Blinde, wenigstens bei schriftlichen Testamenten (*ee*), Jeder, welcher für einen Verschwender erklärt oder lege intestabilis ist (§. 636) (*f*), ferner alle Frauenspersonen und Nichtrömer (*ff*), insbesondere aber auch alle Personen, die sich in der väterlichen Gewalt des Testators befinden (*g*), der eingesetzte Erbe selbst (*gg*) und alle unter dessen Gewalt stehenden Personen (*h*). Sodann muß 2. bei der Errichtung des Testaments Einheit der Handlung (s. g. unitas actus) beobachtet werden, d. h. sämmtliche Zeugen müssen zu gleicher Zeit gegenwärtig sein und die Testaments-Handlung selbst darf durch kein fremdartiges Geschäft unterbrochen werden (*i*).

(*a*) const. 21. C. 6. 23. — § 3. J. 2 10. Wird ein Notar zugezogen, so kann dieser die Stelle eines Zeugen vertreten. fr. 27. D. 28. 1. (S. g. quaestio Domitiana.) — Not.-Ordn. von den Testam. §. 2. — Hübner disputt. iur. civ. lib. 1. c. 5. — Kämmerer Beitr. S. 208. — Glück Comm. Th. 34. S. 287.

(*b*) fr. 21. §. 2. D. 28. 1.

(*c*) Werden sie nachher unfähig, so schadet dieß nicht. fr. 22. §. 1. D. ibid. — §. 7. J. 2. 10.

(*d*) fr. 20. §. 10. D. 26. 1. — const. 9. 12. C. 6. 23. vergl. mit const. 3. §. 2. C. Th. 4. 4.

(*dd*) A. M. ist Glück a. a. O. S. 304. S. dagegen aber Marezoll in s. und Linde's Zeitschr. B. 5. S. 429.

(*e*) §. 5. 6. J. 2. 10.

(*ee*) Lehr in Hagemann's und Günther's Arch. für Rechtsgelehrsamkeit Th. 5. Nr. 10. Ueber ihre Fähigkeit bei mündlichen Testamenten ist großer Streit. Vergl.: v. Vangerow §. 444. — Puchta Pand. §. 465. Note *p*. — Sintenis prakt. Civilr. §. 169. Note 24. Ueber die zur Nachtzeit errichteten Testamente: fr. 22. §. 6. D. 28. 1. — Notar.-Ordn. von den Testam. §. 24. und Hagemann im angef. Arch. Th. 1. Nr. 7.

(*f*) fr. 26. D. 28. 1. — fr. 14. 15. D. 22. 5.

(*ff*) §. 6. J. 2. 10. — Vergl. fr. 20. §. 4—7. D. 28. 1.

(*g*) §. 9. J. 2. 10.

(*gg*) §. 10. J. ibid. — fr. 20. pr. D. 28. 1. — Fritz in Löhr's Mag. B. 4. (2.) S. 324.

(*h*) §. 10. J. cit. — fr. 20 pr. cit. Darauf, ob die Zeugen unter sich in einem solchen Verhältnisse der väterlichen Gewalt stehen, kommt nichts an. §. 8. J. 2. 10. — fr. 22. pr. D. 28. 1. — Ulp. XX. §. 3—6. Auch die Legatarien und Fideicommissarien können Zeugen sein. §. 11. J. 2. 10. — Löhr im Arch. für die civ. Pr. B. 2. S. 189.

(*i*) fr. 21. § 3. D. ibid. — §. 3. J. 2. 10. — fr. 20. §. 8. D. 28. 1. und besonders const. 21. pr. §. 2. const. 28. pr. C. 6. 23., in welcher letztern zugleich die Ausnahmen von der Regel angegeben sind. S. besonders: Marezoll in s. und Linde's Zeitschr. B. 4. S. 54. — Glück Comm. Th. 34. S. 375. — W. Sell in den Sell'schen Jahrb. B. 3. Nr. 1.

§. 641.

B. Besondere Erfordernisse: I. des schriftlichen Testaments (*).

Will der Testator ein schriftliches Privattestament errichten, so kann er dasselbe 1. entweder ganz eigenhändig schreiben (testam. holographum), wo

alsdann seine Namensunterschrift nicht erforderlich ist, wofern er darin nur erklärt, daß er es ganz eigenhändig geschrieben habe (*a*); oder er kann es 2. von einem Andern schreiben lassen (testam. allographum), wo er es dann aber in Gegenwart der Zeugen mit seinem Namen unterschreiben muß (*b*). Kann er nicht schreiben, sei es nun, daß er überhaupt nicht schreiben gelernt hat, oder durch Krankheit oder Lähmung der Hand gehindert ist, zu schreiben, so muß außer den sieben Zeugen noch ein octavus subscriptor zugezogen werden und dieser für den Testator dessen Namen mit der Bemerkung unterschreiben, daß er es auf besonderes Verlangen des Testators thue (*c*). 3. Jedenfalls hat der Testator das Testament mit der Erklärung, daß es sein Testament sei, den Zeugen vorzulegen, von denen jeder es ebenfalls unterschreiben und besiegeln muß (*d*), wozu übrigens nach Röm. Rechte ein beliebiges Petschaft, selbst das des Testators, genommen werden kann (*e*). 4. Will der Testator den Inhalt seines Testaments geheim halten, so kann er dasselbe den Zeugen verschlossen vorlegen (*ee*); nur muß er alsdann ebenfalls in Gegenwart der Zeugen die (unter 3) angeführte Erklärung abgeben und es müssen die (unter 1—3) bezeichneten Unterschriften und Siegel auf dem Umschlag angebracht werden. Mit der Unterschrift und dem Siegeln der Zeugen ist die Testamentshandlung geschlossen und das Testament selbst, wie man sagt, solennisirt (*f*).

(*) Glück Comm. Th. 34. S. 384 ff.

(*a*) const. 28. pr. §. 1. C. 6. 23. In welcher Sprache er testirt, ist bei'm schriftlichen Testamente gleichgiltig fr. 20. §. 9. D. 28. 1. und const. 21. §. 4. C. 6. 23. Einer Zeichenschrift darf er sich aber nicht bedienen. fr. 6. §. 2. D. 37. 1.

(*b*) const. 21. pr. C. 6. 23. — Löhr im Arch. für die civ. Pr. B. 2. S. 191. — Marezoll in Löhr's Mag. B. 4. (2.) S. 166.

(*c*) const. 28. §. 1. C. 6. 23. Vergl. const. 29. C. ibid. mit Nov. 119. c. 9. und Auth. *Et non observato* C. 6. 23. Notar.-Ordnung v. 1512. Tit. von Testamenten §. 7 a. E. Dieß gilt aber nur für den Fall, wenn der Testator nicht schreiben kann, nicht auch, wenn er zwar schreiben kann, aber nicht unterschreiben will. — Gesterding Nachforschungen über verschiedene Rechtsmaterien Th. 1. S. 344. — Glück Comm. Th. 34. S. 47. S. 403. — W. Sell Vers. B. 1. 218 ff. — Wenn aber derjenige, der ein fremdes Testament im Auftrage des Testators schreibt, selbst Etwas aus demselben erhalten soll, sei es als Erbe oder Legatar, so darf er die ihn betreffende Stelle nicht selbst schreiben, oder er muß für die besondere Bestätigung derselben durch den Testator Sorge tragen. Dieß ist vorgeschrieben durch das Sctum Libonianum, welches die Strafe der Lex Cornelia de falsis auf diesen Fall zur Anwendung gebracht wissen wollte. Rubr. Dig. 48. 10. — Cod. 9. 23. — fr. 1. D. 34. 8. — fr. 29. D. 26. 2. — H. G. W. Daniels Diss. de Scto Liboniano eiusque usu hodierno. Bonnae 1791. — von Ende jur. Abh. B. 1. S. 97.

(*d*) §. 5. J. 2. 10. — fr. 22. §. 2. 5. fr. 30. D. 28. 1. — Ueber den Unterschied zwischen subscriptio et superscriptio testium s. man: v. Savigny Gesch. des R. R. im Mittelalter B. 2. S. 182—186. 2te Ausg. §. 67. S. 189—193. und Spangenberg im Arch. für civil. Praxis B. 5. S. 144., welche nach neuerem Rechte Beides für nothwendig halten. Dagegen: Löhr in dems. Arch. B. 6. S. 328. und Guyet Abh. aus dem Civilrechte S. 29., welchen beiden Letztern beistimmt: Francke in den Gött. gel. Anz. 1829. Nr. 131. Vergl. überh. Glück Comm. Th. 34. S. 419. bes. S. 444. Dafür wieder: v. Vangerow §. 445. Dagegen: Huschke in der Zeitschr. für geschichtl. RW. B. 12. S. 201 ff. Dafür wieder (besonders gegen Huschke): Bachofen a. a. O. S. 296 ff. Jedenfalls ist heut zu Tage eine von beiden hinreichend, wie denn auch heut zu Tage keine Versiegelung, sondern eine Besiegelung erforderlich ist. Puchta Gewohnheitsr. B. 2. S. 72 ff.

(*e*) Ob dieses nach Notariats-Ordnung v. 1512. Tit. von Testamenten §. 1. 7. 10. anders sei, darüber vergl. W. Sell Vers. B. 1. S. 225 ff. und v. Vangerow a. a O.

(*ee*) Er kann es ihnen aber auch offen vorlegen und es können die nöthigen Unterschriften und Siegel innerhalb der Urkunde angebracht werden, ohne daß ihnen der Inhalt mitgetheilt wird.

(*f*) const. 21. pr. C. 6. 23. — G. L. Boehmer electa iuris civilis T. 1. Exerc. 3.

§. 642.

2. Des mündlichen Testaments.

Will der Testator sein Testament mündlich (per nuncupationem) errichten, so muß er seinen letzten Willen, insbesondere den Namen des Erben, in Gegenwart der sieben Zeugen vollständig, deutlich und in einer den Zeugen verständlichen Sprache erklären (*a*). Wird ein solches mündliches Testament bei der Errichtung oder in der Folge des Beweises wegen schriftlich aufgesetzt, was ohne alle Förmlichkeiten geschehen kann, so nennt man es ein testamentum nuncupativum in scripturam redactum, es hört aber deshalb nicht auf, ein mündliches Testament zu sein (*b*). Auch kann, in Ermangelung einer solchen Urkunde, die Existenz desselben, sowohl in Ansehung der Beobachtung der gesetzlichen äußern Form, als des Inhalts desselben, durch zwei von den dabei Zugezogenen, oder auch durch zwei andere glaubwürdige Beweiszeugen bewiesen werden (*c*).

(*a*) §. ult. J. 2. 10. — fr. 21. pr. fr. 25. D. 28. 1. — const. 21. §. 2. C. 6. 23. — Glück Comment. B. 35. §. 1417 ff.

(*b*) Dan. Nettelbladt de testamento nuncupativo in scripturam redacto. Halae 1753. Wie weit dieses in Deutschland durch die Not.-Ordn. a. a. O. §. 5. geändert sei, darüber s. Sintenis prakt. Civilr. §. 169. Note 17.

(*c*) A. M. sind: Glück in opusc. Fasc. 1. nr. 1. — Thibaut System der Pand. §. 740.

§. 643.

II. Außerordentliche Testamentsform. A. Mit vermehrten Formalitäten. 1. Testament eines Blinden.

Außerordentliche Formalitäten, und zwar A. vermehrte, kommen vor: 1. bei dem Testamente eines Blinden (*). Testirt dieser mündlich, so muß ein dazu requirirter Notar den letzten Willen desselben in Gegenwart aller Zeugen aufschreiben und denselben, nachdem er ihn dem Testator nochmals vorgelesen hat, mit den Zeugen unterschreiben und besiegeln. Hat der Blinde aber sein Testament durch einen Andern schriftlich aufsetzen lassen, so muß der Notar dasselbe dem Testator in Gegenwart der Zeugen vorlesen und es sodann mit den Zeugen unterschreiben und besiegeln. Ist kein Notar zu haben, so vertritt ein achter Zeuge die Stelle desselben (*a*).

(*) Gewöhnlich nimmt man an, ein gerichtliches Testament könne der Blinde wie ein Sehender errichten. Dagegen: W. Sell in den Sell'schen Jahrb. B. 2. S. 456 ff.

(*a*) const. 8. C. 6. 22 von Justinus. — Nov. Leon. 69. — Notar.-Ordn. Tit. v. Testam. §. 9. — Car. Jo. Koehnen de forma testamenti externa a coeco observanda. Gött. 1781. — Marezoll in Löhr's Mag. B. 4. (2.) S. 166. 168. — Glück Comm. Th. 34. S. 26. Vergl. auch: Thibaut im Arch. für civ. Pr. B. 6. S. 234.

§. 644.

2. Testament eines Stummen.

2. Bei dem Testamente eines Stummen. Ein Stummer kann nicht anders als schriftlich testiren und muß sein Testament ganz selbst

schreiben. Läßt er es ganz oder theilweise von einem Andern schreiben, so ist es ungiltig, wenn er es auch unterschreibt (*a*).

(*a*) const. 29. C. 6. 23 von Justinian. S. §. 635. Note *b*.

§. 645.

B. Mit verminderten Formalitäten (s. g. privilegirte Testamente) (*). 1. Testamentum militis (*a*).

B. Vermindert sind die gewöhnlichen Formalitäten 1. besonders bei dem Testamente eines Soldaten, welches dieser im Felde errichtet (testamentum militis s. iure militari factum) (*b*). Bei diesem brauchen gar keine Feierlichkeiten beobachtet zu werden, sondern der Soldat kann es machen wie er will, und das Testament gilt seinem Willen gemäß; nur muß es in jedem Falle gewiß sein, daß er wirklich ein Testament gemacht habe. Er kann dieses daher selbst schreiben, oder von einem Andern schreiben lassen, er kann es auch mündlich errichten, indem er seinen letzten Willen vor einigen, zu diesem Zwecke berufenen, Personen ausspricht, welche alsdann aber nur als Beweiszeugen zu betrachten und auch als solche nicht einmal nothwendig sind, wenn der Beweis des Testaments auf andere Art geführt werden kann (*c*). Dasselbe Privilegium haben auch andere zur Armee gehörige (*cc*) Personen, welche nicht eigentliche Soldaten sind, jedoch nur dann, wenn sie sich in wirklicher Lebensgefahr befinden (s. g. testam. quasi militare). Entgehen sie dieser Gefahr glücklich, so verliert das Testament seine Kraft (*d*). Dagegen bleibt das von einem wirklichen Soldaten im Felde errichtete Testament auch nach seiner Rückkehr aus dem Felde und sogar noch ein Jahr nach seinem Abschiede, wenn dieser nur nicht schimpflich ist, giltig (*e*). Auch kann der Soldat ein vor dem Feldzuge errichtetes, nicht solennesirtes Privattestament im Felde ohne weitere Feierlichkeiten bestätigen (*f*). Uebrigens hat der Soldat auch in Ansehung des Inhalts seines Testaments bedeutende Vorrechte (*g*), die ihm aber nur dann zustehen, wenn er iure militari testirt, d. h. wenn er sein Testament im Felde errichtet (*h*).

(*) J. B. de la Couture Diss. de privilegiariis testamentis apud Romanos. Traj. ad Rhen. 1825. — Mühlenbruch Comment. B. 42. §. 1473—1479. 1484—1486.

(*a*) Gajus II. §. 109. — Inst. 2. 11. — Dig. 29. 1. — 37. 13. — Cod. 6. 21. — Donelli comm. iur. civ. Lib. 6. cap. 28. — Gust. Fridr. Haenel Diss. I. de testamento militari. Lips. 1815. Diss. II. Lips. 1816. — Roßhirt testam. Erbr. B. 1. S. 477 ff. — Mühlenbruch 42. §. 1474—1478. Vergl. auch Neuner die heredis institutio ex re certa. Gießen 1853. S. 485 ff.

(*b*) Denn in Friedenszeiten hat auch der Soldat die gewöhnlichen Feierlichkeiten zu beobachten. const. 17. C. 6. 21. — §. 3. J. 2. 11. — Ueber das ältere Recht s. man: fr. 4. fr. 7—9. fr. 26. pr. fr. 38. fr. 42. D. 29. 1. — const. 5. C. 6. 21. Die Not.-Ordn. Tit. von Testam. §. 2 weicht von dem Röm. Rechte darin ab, daß sie auf dem Feldzuge, aber außer der Schlacht, zwei Zeugen verlangt. „In Testamenten so — — — von Rittern, die zu Feld, aber doch nicht im Streit wären, da wird solche Anzahl der Zeugen nachgelassen bis auf zweene Zeugen. Aber die Ritter, die in Uebung des Streites sind, mögen ihre Testamente machen, ohne alle Solennität oder Form und wie sie wollen. Aber die Ritter, so nicht in solcher Uebung und Streit, noch auch zu Felde liegen, sollen ihr Testament nach gemeinen Rechten machen."

(*c*) pr. §. 1. J. 2. 11. — fr. 1. pr. fr. 24. fr. 40. pr. D. 29. 1. — const. 1. 3. C. 6. 21.

(*cc*) Ob auch solche, die eigentlich nicht zur Armee gehören, ist streitig. S. Mühlenbruch S. 54 ff.

(*d*) fr. 44. D. 29. 1. — fr. un. D. 37. 13.
(*e*) §. 3. J. 2. 11. — fr. 21. fr. 26. fr. 38. fr. 42. D. 29. 1. — const. 13. C. 6. 21.
(*f*) §. 4. J. 2. 11. — fr. 3. D. 29. 1.
(*g*) S. darüber: §. 610. 651. Note *a*. 653. Note *bb. f*. 654. Note *b*. 666. 670. 673. Note *e*. 676. Note *a*. 720.
(*h*) §. 6. J. 2. 13. — Thibaut System des Pand.-R. §. 705. — Wening-Ingenheim Civilrecht §. 481. — Hartitzsch Erbrecht §. 400. — Francke Notherbenrecht §. 35. — Mühlenbruch a. a. O. §. 1475. S. 45 ff. A. M. sind: Madihn de success. §. 178. — Valett Pand.-R. §. 969.

§. 646.

2. Testamentum ruri conditum.

2. Bei einem auf dem Lande errichteten Testamente sind im Nothfall, d. h. wenn nicht mehrere fähige Zeugen (§. 640) zu haben sind, schon fünf hinlänglich, von denen einer für einige oder alle unterschreiben darf, wenn diese nicht schreiben können, und welches auch ohne alle Unterschrift der Zeugen gilt, wenn keiner schreiben kann (*a*). Die meisten Rechtsgelehrten beschränken diese Verordnung zwar auf die von Bauern gemachten Testamente (*b*), allein nach dem wahren, in der Disposition selbst liegenden, Grunde derselben muß sie von allen auf dem Lande errichteten Testamenten verstanden werden (*c*).

(*a*) Nur muß alsdann den Zeugen der Inhalt des Testaments mitgetheilt werden. const. 31. C. 6. 23 von Justinian. — Mühlenbruch §. 1484.
(*b*) Thibaut System §. 710. — Schweppe Pand. §. 821.
(c) Walch ius contr. ed. 3. pag. 333. — Höpfner Comm. §. 462. — Marezoll im Arch. für civ. Prax. B. 9. S. 297. — Mühlenbruch a. a. O. S. 257 ff.— Ob auch ein mündliches Testament nach Justinian's Verordnung auf dem Lande im Nothfalle vor fünf Zeugen errichtet werden könne, ist bestritten. Heut zu Tage kann es aber jedenfalls geschehen nach Notar-Ordn. a. a. O. §. 2. Ueber diese Stelle s. auch Fritz in Linde's Zeitschr. B. 5. S. 22. Vergl. auch Emminghaus im Arch. f. civ. Pr. B. 19. Nr. 9.

§. 647.

3. Testamentum tempore pestis conditum (*).

3. Wenn Jemand zu einer Zeit, wo an dem Orte der Testaments-Errichtung eine ansteckende Krankheit herrscht, ein Privattestament errichten will, so brauchen nicht alle sieben Zeugen auf einmal bei der Errichtung des Testaments gegenwärtig zu sein (*a*).

(*) Nach dem Canonischen Rechte gehört hierher noch 4. das testamentum ad pias causas. Jede letztwillige Verordnung nämlich, sie sei ein Testament oder Codicill, ist, insoweit darin zu Gunsten der Kirche oder einer andern pia causa verfügt worden ist, auch dann giltig, wenn nicht mehr als zwei Zeugen zugezogen worden sind, cap. 11. X. 3. 26. Vergl. const. 13. C. 1. 2. Auch ist es streitig, ob nicht selbst die zwei Zeugen in cap. 11. cit. nur des Beweises wegen erwähnt sind, so daß eine solche letztwillige Verordnung (jedoch nur insoweit, als darin zu Gunsten der Kirche oder einer anderen frommen Stiftung verfügt worden ist) auch ganz ohne Zeugen giltig ist, wenn der Beweis des Willens des Erblassers auf andere Art, z. B. durch eine Scriptur desselben, geführt werden kann. Dieses behaupten namentlich: J. H. Boehmer ius eccl. Prot. Lib. 3. tit. 26. §. 19. — Wiese Handb. des Kirchenrechts B. 2. S. 701. — Pfeiffer prakt. Ausführ. B. 2. S. 338. — Walter Kirchenrecht. §. 252. — Schulte in der Zeitschr. f. Civilr. u. Proceß n. F. B. 8. Nr. 6. — Richter Kirchenr. 5. Aufl. §. 300 Note 7. Dagegen die Ansicht, daß

wenigstens zwei Zeugen der Form wegen, also auch bei einem schriftlichen Testamente, zugezogen werden müssen, vertheidigen Mühlenbruch §. 1479 und die dort angeführten Schriftsteller. Vergl. Seuffert's Arch. B. 8. Nr. 149.

(*a*) const. 8. C. 6. 23 von Diocletian und Maximian. Andere, welche hier oppressis oder oppresso statt oppressos gelesen wissen wollen, verstehen diese Constitution so, daß die Zeugen zwar zugleich gegenwärtig sein müssen, aber nicht mit dem kranken Testator in demselben Zimmer zu sein, wenigstens nicht in demselben Zimmer das Testament zu versiegeln brauchen. Vergl. const. 9. C. eod. tit. Für diese Auslegung sprechen auch die Basiliken. Wieder Andere finden in der Verordnung nur die (von Justinian später in der const. 28. C. eod. tit. generalisirte) Vorschrift, daß die Unterbrechung des Actes durch einen epileptischen Anfall, der einem Zeugen zustößt, der Giltigkeit des Testamentes keinen Eintrag thun soll. S. überhaupt Mühlenbruch §. 1485. Vergl. v. Vangerow §. 444, II. — Ackermann im Arch. f. civ. Pr. B. 32. S. 55 ff.

§. 648.

C. Mit veränderten Formalitäten.

C. Verändert, und zwar theils vermindert, theils vermehrt, sind nach Römischem Rechte die gewöhnlichen Feierlichkeiten bei einem Testamente, in welchem Ascendenten ihre Descendenten zu Erben einsetzen (*a*). Eltern und andere Ascendenten können nämlich: 1. mit Beobachtung der ordentlichen Testamentsform, sowohl schriftlich als mündlich testiren, und in einem solchen Testamente außer ihren Descendenten auch andere Personen (extranei) zu Erben einsetzen, oder ihnen Etwas vermachen. Wollen sie aber 2. schriftlich testiren und blos solche Descendenten, die ohnehin zur ordentlichen Intestaterbfolge gerufen sein würden, zu Erben einsetzen, so brauchen sie gar keine Zeugen zuzuziehen; ob sie es selbst schreiben, oder von einem Andern schreiben lassen, ist an und für sich gleichgiltig, auf jeden Fall aber ist erforderlich, daß die Zeit der Errichtung des Testaments in demselben angegeben werde (*aa*), und daß der Testator wenigstens die Namen der eingesetzten Descendenten eigenhändig schreibe, auch den Erbtheil eines jeden, wenn er überhaupt bestimmt werden soll, eigenhändig und nicht blos mit Ziffern, sondern in Worten ausgedrückt, angebe (*b*). Dies ist das sogenannte testamentum parentum inter liberos (*c*). 3. Verschieden von diesem testamentum parentum inter liberos ist die bloße divisio parentum inter liberos, wenn die Ascendenten nur festsetzen wollen, welche Sachen jedem der einzelnen zur Beerbung berufenen Descendenten zufallen sollen. Eine solche Theilung ist giltig, wenn sie von dem theilenden Ascendenten oder den Kindern desselben, welche sie betrifft, unterschrieben ist (*d*).

(*a*) Nov. 107. — H. Schroeder de privilegiatis parentum inter liberos dispositionibus. Jenae 1819. — Matth. Jos. Euler Comm. de testamento et divisione parentum inter liberos. Berolini 1820. — Andreä Beitrag zu der Lehre vom testam. par. inter liberos; im Arch. für die civ. Pr. B. 4. Nr. 25. — J. A. Fritz Versuch einer histor.-dogm. Entwickelung der Lehre von dem Testamente der Eltern unter ihren Kindern. Gießen 1822. (Darüber: Jen. Lit.-Zeit. 1825. Erg.-Bl. Nr. 3.) — Car. Gust. Müller Diss. de testamento parentum inter liberos privilegiato. Lips. 1826. — Mühlenbruch im Comm. Th. 42. §. 1480 bis 1483. — Bachofen ausgewählte Lehren des Röm. Civilrechts S. 312 ff. — Heimbach im Rechtslex. B. 10. S. 837 ff.

(*aa*) Es ist bestritten, ob auch dieses eigenhändig von dem Testator und ob es gleich im Anfang des Testamentes (wie Mackeldey behauptet) geschehen müsse. Das Meiste spricht dafür, daß es auf das Erstere ankomme, nicht aber auf das Letztere. Mühlenbruch S. 192 ff.

(*b*) Nov. 107. cap. 1. Kann der Ascendent nicht schreiben, so kann er nach Röm. Rechte selbst inter liberos nur mit Beobachtung der gewöhnlichen Feierlichkeiten testiren; nach der Notariats=Ordnung a. a. O. §. 2 kann es aber jetzt auch privilegiato modo vor zwei Zeugen geschehen. Alb. Phil. Frick Diss. de testamento parentum inter liberos privilegiato iure civili sine scriptura invalido. Helmst. 1756.

(*c*) Es läßt sich darüber streiten, ob ein beabsichtigtes Testament, welches nach der Regel der Nov. 107 aufrecht erhalten wird, nach dieser Novelle als Testament oder nur als Codicill aufrecht zu erhalten sei. Vergl. namentlich Fritz §. 19. 20. 33—36 und Mühlenbruch S. 203 ff. Jedenfalls wird aber heut zu Tage nach der Not.=Ordn. a. a. O. ein beabsichtigtes Testament, welches nur deswegen aufrecht erhalten wird, weil es ein testamentum parentum inter liberos ist, als Testament aufrecht erhalten. Es hat daher keinen Zweifel, daß in einem solchen Testamente heut zu Tage auch Kinder enterbt und Tutoren bestellt werden können. Dagegen ist es sehr bestritten, ob das, was die Not.=Ordn. von zwei Zeugen sagt, sich auch auf das schriftliche testamentum parentum inter liberos beziehe oder nicht, und wenn es sich darauf bezieht, ob und wann es noch auf die in der Nov. 107 vorgeschriebenen Erfordernisse ankomme. Daß es darauf nicht ankomme, sucht zu zeigen: Fritz §. 40 und 41. Die gewöhnlichere Ansicht, die auch Mühlenbruch S. 219 ff. vertheidigt, geht dahin, daß die Vorschrift der Not.=Ordn. sich auf schriftliche Testamente gar nicht beziehe.

(*d*) Nov. 18. c. 7. — Nov. 107. c. 3. — Jo. Henr. Alb. Frankenfeld Diss. de discrimine nudae divisionis et testamenti parentum inter liberos. Götting. 1792. — Mühlenbruch §. 1483.

§. 649.

Testamenta simultanea et reciproca (*a*).

Daß zwei Personen in einem Acte testiren (s. g. testamentum simultaneum), ist nach Römischem Rechte unzulässig, selbst wenn sie sich gegenseitig zu Erben einsetzen, also festsetzen, daß der zuerst Versterbende von dem Ueberlebenden beerbt werden soll (testamentum reciprocum). Nur wenn sie befugt sind, militärisch zu testiren, ist ihnen ein gemeinschaftliches Testament dieser Art erlaubt (*b*).

(*a*) Jo. Sam. Stryk de testamentis coniugum reciprocis. Halae 1702. — Chr. Gottl. Biener quaest. cap. XL. XLI. de testam. reciprocis; cap. XLIV. XLV. de fideicommissaria ex testam. recipr. successione. Lips. 1823. Eiusd. interpr. et respons. cap. XXXI. Lips. 1827 et in eiusd. opusc. ed. Fr Aug. Biener Vol. II. nr. 37. 40. 109. — Hasse im Rhein. Museum für Jurispr. Jahrg. 3. S. 239. 490. — Glück Comm. Th. 35. S. 50 ff. — Mühlenbruch das. Th. 38. S. 214 ff. — Deiters de dispositionib. hereditariis simultaneis pactitiisque quaestiones III. Bonnae 1837. — Beseler Erbvertr. B. 2. Abth. 1. S. 325 ff. — Roßhirt testam. Erbr. B. 1. S. 449 ff. — Sintenis Civilr. B. 3. §. 178. — Buchka in der Zeitschr. f. deutsches Recht B. 12. S. 210 ff. — Zimmermann im Arch. f. pract. RW. B. 1. Nr. 19. — Heimbach im Rechtslex. B. 10. S. 889 ff. — Hartmann zur L. v. den Erbvertr. u. gemeinschaftlichen Testamenten. Braunschweig 1860. S. 87 ff.

(*b*) const. 19. C. 2 3. Im occidentalischen Reiche erlaubte allerdings Valentinian III. (Nov. Valentiniani 63) auch andern Leuten, sich in einem gemeinschaftlichen testamentum principi oblatum gegenseitig zu Erben einzusetzen, in Justinian's Codex ist aber diese Verordnung nicht aufgenommen. In Deutschland dagegen ist es eine gemeine Gewohnheit, daß zwei Personen, welche die Absicht haben, daß die zuerst versterbende von der überlebenden beerbt werden soll, z. B. zwei Ehegatten, dieses nicht nur in einem Erbvertrag, sondern auch in einem gemeinschaftlichen Testamente verordnen können, wo denn zwar alle gewöhnlichen Formalitäten, aber nur einfach, zu beobachten sind, mit Ausnahme der rogatio testium, welche von jedem Testator besonders geschehen muß. In Ansehung der Widerruflichkeit einer solchen Disposition kommt zunächst Alles darauf an, ob ein wahrer Erbvertrag oder blos ein Testament errichtet werden sollte und errichtet worden ist. Im ersten Falle ist, wie es sich von selbst versteht, einseitige Abänderung unzulässig. Im zweiten Falle hingegen

ist das Testament des Einen ganz unabhängig von dem Testamente des Andern, d. h. Jeder kann das seinige, selbst ohne Vorwissen des Andern, aufheben und abändern, ohne daß dadurch allein das Testament des Andern ungiltig würde. Wenn jedoch die testirenden Eheleute nicht blos sich selbst einander gegenseitig zu Erben eingesetzt, sondern auch auf den Todesfall des Letztlebenden von ihnen Substituten ernannt haben, so ist zu unterscheiden: a) entweder Jeder hat für sich und sein Vermögen besondere Substituten ernannt, dann kann der Ueberlebende, wenn er die Erbschaft des Verstorbenen antritt, zwar nicht die Disposition desselben zum Nachtheil seiner Substituten abändern, wohl aber immer noch seine eigene; b) oder beide Ehegatten haben für ihr in der Hand des Letztlebenden vereinigtes gesammtes Vermögen gemeinschaftliche Substituten ernannt, dann ist einseitige Abänderung der gemeinschaftlichen Disposition durch den Ueberlebenden nicht zulässig. Biener l. c. — v. Bülow u. Hagemann prakt. Erörter. B. 4. Nr. 29. — v. Schirach Beiträge Nr. 9. — Haubold sächs. Privatrecht §. 343. — W. H. Puchta Handb. der freiw. Gerichtsbarkeit 2te Ausg. Th. 2. §. 210. — Glück a. a. O. S. 64 ff. — Mühlenbruch a. a. O. — A. M. ist Hasse a. a. O. Eine besondere Art der s. g. testamenta reciproca sind die s. g. testamenta correspectiva, wenn Jeder die Giltigkeit seiner Disposition ausdrücklich oder implicite davon abhängig gemacht hat, daß der Andere die seinige nicht ändere. Henr. Lud. Chr. Boettger Diss. de natura et indole testamenti correspectivi. Marburgi 1793. — Bolley Beitr. zur Lehre von den corresp. Testam. der Ehegatten. Stuttg. 1846. — S. auch die übrigen in diesem §. angef. Schriftsteller.

Dritter Titel.

Von dem Inhalte der Testamente.

§. 650.

1. Von dem wesentlichen Inhalte oder der Erbeinsetzung.

Der wesentliche Inhalt eines Testaments besteht in der Einsetzung eines directen Erben (heredis institutio) (*a*). Diese ist so nothwendig, daß, im Fall sie ganz fehlt oder fehlerhaft ist, die letztwillige Verordnung nicht als Testament bestehen kann (*b*). Auch kann die Erbeinsetzung nur in einem Testamente, nicht auch in einem Codicille vorgenommen werden (*c*).

(*a*) §. 34. J. 2. 20. — — „testamenta vim ex institutione heredis accipiunt, et ob id veluti caput atque fundamentum intelligitur totius testamenti heredis institutio." — const. 14. C. 6. 23.

(*b*) fr. 1. §. 3. D. 28. 6. — „Sine heredis institutione nihil in testamento scriptum valet."

(*c*) §. 2. J. 2. 25. — fr. 2. §. 4. fr. 10. D. 29. 7. — const. 2. 7. C. 6. 36. — Ist aber die Erbeinsetzung selbst im Testamente erfolgt, so kann der Name des Erben auch im Codicille genannt werden. fr. 77. D. 28. 5. S. auch §. 700. Note *d*.

§. 651.

A. Fähigkeit des eingesetzten Erben (*).

Derjenige, welchen der Testator zum directen Erben einsetzt, muß eine dazu fähige Person sein (quocum testamenti factio est) (*a*). Wer nun absolut unfähig ist, zu Erbschaften oder Vermächtnissen berufen zu werden (§. 614 c.), der kann auch im Testamente nicht zum Erben ernannt werden. Außerdem können nicht instituirt werden (*aa*): Sclaven von Nichtrömern (*b*), Nachgeborene, die zur Zeit des Todes des Testators noch nicht concipirt sind (*c*), sowie *collegia*, außer wenn diesen die testamenti factio durch ein besonderes Privileg ertheilt ist (*d*). Auch gibt es Personen, die unter ge-

wissen Voraussetzungen, oder von gewissen andern Personen nicht im Testamente zu Erben eingesetzt werden können. Dahin gehört (*e*): 1. der Regent, unter der Bedingung, daß er einen Proceß des Erblassers gegen einen Privatmann fortsetze (*f*); 2. der zweite Ehegatte insofern, als er vom Erblasser auf nicht mehr eingesetzt werden darf, als dasjenige Kind erster Ehe bekommt, welches nach seinem Willen das wenigste erhalten soll (§. 536); 3. die Wittwe, welche das Trauerjahr verletzt, kann ihren zweiten Ehegatten höchstens auf ein Drittel ihres Vermögens instituiren (§. 537); 4. Concubinenkinder und deren Mutter kann der Vater, wenn er eheliche Descendenten hat, nur auf $^1/_{12}$ seines Nachlasses zu Erben einsetzen, und die Concubine allein nur auf $^1/_{24}$ (*g*). Die eigentliche testamenti factio des eingesetzten Erben muß übrigens vorhanden sein zur Zeit der Testamentserrichtung, zur Zeit, wo ihm die Erbschaft deferirt wird, und von dieser Zeit an ununterbrochen bis zur Antretung der Erbschaft (*h*).

(*) Ulp. XXII. §. 1—13. — Inst. 2. 14. — Dig. 28. 5. — Cod. 6. 24 und 25. — Donelli comm. iur. civ. Lib. 6. cap. 17. — Ch. Friedr. Elvers theor. prakt. Erörterungen aus der Lehre von der testamentarischen Erbfähigkeit insbesondere juristischer Personen. Gött. 1827. S. 89 ff. — Roßhirt Erbrecht §. 7. — Mühlenbruch Comment. Th. 39. §. 1438. 1438 a. Th. 40. §. 1438 b. — Arndts im Rechtslex. B. 3. S. 907 ff. — Sintenis Civilr. B. 3. §. 167. II. — Vering S. 249 ff.

(*a*) §. 4. J. 2. 19. Die Neueren nennen dieß testamenti factio passiva (§. 633 not. *b*.). Nicht von Jedem, der sie hat, kann man auch sagen: capere potest, capax est. W. Müller die Natur der Schenkung auf den Todesfall. Gießen 1827. S. 82 ff. — Mühlenbruch Comment. Th. 38. S. 360 ff. Th. 39. S. 117. bes. 158 ff. — v. Vangerow §. 429. Anm. 1. — Arndts im Rechtslex. B. 3. S. 908 ff. (Ueber die testamenti factio in einem noch engeren Sinne s. v. Keller Pand. §. 481 ff.) — Die Fälle der bloßen incapacitas sind zum Theil veraltet (§. 685 c.), Die noch vorkommenden Fälle sind die der s. g. Indignität (§. 685 b.), der Fall, wenn es sich um eine mulier probrosa handelt (fr. 41. §. 1. D. 29. 1.), und endlich die Fälle unter 2 und 4. S. auch Note *h*. Der Soldat kann übrigens, wenn er iure militari testirt, auch eine unfähige Person zum Erben einsetzen. fr. 13. §. 2. D. 29. 1. — const. 5. C. 6. 21.

(*aa*) Unter den folgenden sind auch einige, die schon im §. 614 c. hätten angeführt werden können.

(*b*) Setzte Jemand bei den Römern seinen eigenen Sclaven zum Erben ein, so mußte er Erbe seines Herrn werden (heres necessarius). Früher mußte er in dem Testamente ausdrücklich freigelassen sein, damit die Einsetzung galt; nach Justinianeischem Rechte liegt aber die Freilassung schon in der Erbeinsetzung. Gajus II. §. 153—155. — Ulp. XXII. §. 7—13. — pr. §. 1. J. 2. 14. — §. 1. J. 2. 19. — const. 1. C. 6. 27. — S. unten §. 681. War dagegen ein fremder Sclave zum Erben eingesetzt, so hing es von dem Herrn desselben ab, ob er die Erbschaft durch den Sclaven erwerben wollte. §. 1. J. 2. 14. — Ulp. XXII. §. 9. — Greg. Majansii Disp. iur. civ. T. 1. disp. 32.

(*c*) fr. 3. D. 37. 11. (Bei dem fideicommissum hereditatis und überhaupt bei indirecten letztwilligen Zuwendungen, z. B. bei dem Familienfideicommiß, gilt diese Beschränkung nicht. fr. 32. §. 6. in fin. D. 31.) — Mühlenbruch Comment. Th. 39. S. 406 ff. — Ueber andere Fälle, in welchen die Einsetzung eines Nachgebornen ungiltig ist, s.: §. 28. J. 2. 20. — fr. 9. §. 1. 3. D. 28. 2. — S. auch Note *d*.

(*d*) const. 8. C. 6. 24. Legate können ihnen auch ohne besonderes Privileg hinterlassen werden. fr. 20. D. 34. 5. — Nach dem ältesten Römischen Rechte konnten *incertae personae* überhaupt weder zu Erben eingesetzt noch mit Legaten bedacht werden. Gaj. II. §. 238. 242. 287. — Ulp. XXII. 4. XXIV. 18. — §. 25. J. 2. 20. Durch ein Senatusconsult unter Hadrian wurde dieses auf Fideicommisse ausgedehnt. Gaj. II. §. 287. — Ulp. XXV. 13. — §. 25. J. cit. Allmählig aber wurde es durch verschiedene Vorschriften, von denen die neueste, nämlich Justinian's

const. un. C. de incert. pers. (6. 48), in ihrer ursprünglichen Fassung verloren gegangen ist (s. aber §. 25—28. J. 2. 20), bis auf die angegebenen Ueberreste abgeschafft. Als incertae personae wurden nämlich betrachtet: 1. Individuen, die noch nicht bestimmt sind, sondern erst durch ein der Errichtung des Testamentes nachfolgendes Ereigniß bestimmt werden sollen, z. B. qui primus ad funus meum venerit. Allein nach Justinian's const. 49. C. 1. 3 können die Armen, sowie die Gefangenen ohne nähere Bestimmung giltig bedacht werden (vergl. Valentinian's const. 24. und Leo's const. 28. C. eod. tit.), und in der const. un. cit. wird diese erste Regel vollends aufgehoben. §. 25. J. cit. 2. Die *posthumi*. Allein des Notherbenrechtes wegen kam es theils vor theils unter den heidnischen Kaisern durch gesetzliche Vorschriften und durch die Doctrin dahin, daß posthumi sui, d. h. hier alle diejenigen, die erst nach der Testamentserrichtung in das Verhältniß von sui heredes kommen (vergl. §. 614), giltig bedacht werden können; und den eingesetzten posthumi alieni gab wenigstens der Prätor B. P. secundum tabulas, die in der Note *e.* erwähnten Fälle ausgenommen. Gaj. I. §. 147. II. §. 242. — pr. J. 2. 10. — fr. 6. D. 5. 2. — fr. 25. §. 1. D. 28. 2. Von Vermächtnissen waren die posthumi alieni fortwährend ausgeschlossen. §. 26. J. 2. 20. Nach const. un. cit. können sie, die erwähnten Ausnahmen abgerechnet, auch nach Civilrecht giltig instituirt und können mit Vermächtnissen bedacht werden. §. 26. cit. 3. Juristische Personen. Allein die Kirche sollte nach Constantin's const. 1. C. 1. 2 allgemein eine Ausnahme machen (mehreren heidnischen Tempeln war durch Senatusconsulte und Verordnungen heidnischer Kaiser die s. g. test. factio pass. ertheilt worden, Ulp. XXII. §. 6.), und alle Gemeinden nach Leo's const. 12. C. 6. 24. (über frühere Ausnahmen bei Gemeinden s.: Ulp. XXII. §. 5. XXIV. §. 28. — fr. 20. D. 36. 1. — fr. 1. §. 1. D. 38. 3. — fr. 73. D. 30.). Hinsichtlich der erlaubten Collegien blieb es auch nach der const. un. cit. offenbar bei dem, was nach const. 8. cit. schon zu Mark Aurel's Zeit galt. Vergl. überhaupt: C. Rau historia iuris civilis de personis incertis ex testamento heredibus. Lips. 1784. — Elvers a. a. O. S. 100 ff. S. 128—247. — Mühlenbruch Beurtheilung des Städel'schen Beerbungsfalles. Halle 1828. S. 140-214. (Ueber Beide: Zimmern in Schunck's Jahrb. B. 7. S. 253.) — Witte die leges restitutae S. 200 ff. — Mühlenbruch Comment. Th. 39. S. 400 ff. S. 551 ff. — Heimbach in der Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. n. F. B. 5. S. 1 ff. Und über die posthumi insbesondere: Heumann in Linde's Zeitschr. B. 19. S. 309 ff.

(*e*) Ueber die ehemalige bedingte Unfähigkeit der Frauenspersonen nach der lex Voconia vom J. d. St. 585. s. besonders: Hugo RG. S. 386 ff. — Schilling Bemerk. S. 105 ff. — v. Savigny in den Schriften der hist. phil. Klasse der Berl. Akademie. Berl. 1822. S. 219 ff. und in s. verm. Schriften B. 1. Nr. 14. — Zimmern in s. und Neustetel's Unters. B. 1. S. 311 ff. — Hasse im Rhein. Mus. B. 3. S. 183 ff. 308. — Mühlenbruch im Comment. Th. 39. S. 281 ff. — Giraud du vrai charactère de la loi Voconia. Par. 1841. — J. J. Bachofen die Lex Voconia. Basel 1843. (Mommsen in Richter's krit. Jahrb. B. 17. S. 7 ff. — Rudorff in den Jahrb. für wissenschaftl. Kritik. 1844. Nr. 58.).

(*f*) fr. 91. D. 28. 5. — §. 8. J. 2. 17.

(*g*) Nov. 89. cap. 12 pr. §. 2. — Zimmern RG. B. 1. §. 134.

(*h*) §. 4. J. 2. 19. — fr. 49. §. 1. fr. 59. §. 4. D. 28. 5. — fr. 210. D. 50. 17. — G. H. Lehr Erörterung der Frage: in welchen Zeitpunkten der Testamentserbe oder Legatar erbfähig sein müsse? Darmstadt 1792. — Hinsichtlich der capacitas, die noch zu der testamenti factio hinzu kommen muß, gilt diese Regel nicht, sondern es kommt nur auf die Zeit der Erwerbung, also regelmäßig auf die Zeit des Todes des Testators, an. (Daraus erklärt sich auch das oft mißverstandene fr. 62. pr. D. 28. 5.) Gerade deswegen, weil in dem Falle unter 2 nach der ausdrücklichen Bestimmung der Nov. 22. c. 28 und in dem Falle unter 3 nach der richtigen Auslegung der einschlagenden Gesetze das Letztere gilt, nehmen Arndts u. A. in diesen beiden Fällen nicht einen Mangel der testamenti factio sondern nur eine theilweise incapacitas an. S. oben Note a.

§. 652.

B. Genaue Bezeichnung desselben.

Die Person des Erben muß genau bezeichnet und der Erbe daher entweder genannt, oder doch so beschrieben sein, daß über die Individualität seiner

Person kein Zweifel entstehen kann (*a*). Unter dieser Voraussetzung schadet es dann aber auch nichts, wenn der Name falsch angegeben ist, oder die Beschreibung nicht ganz paßt (*b*).

(*a*) §. 29. J. 2. 20. — fr. 9. pr. §. 8. fr. 62. §. 1. D. 28. 5. — Paulus III. 4. B. §. 3. — Fr. Car. Conradi de voluntate testatoris dubia. Helmst. 1736. — Nur im Testamente eines Blinden muß Beides mit einander verbunden werden. const. 8. C. 6. 22.

(*b*) §. 29. J. 2. 20. — fr. 48. §. 3. fr. 62. §. 1. D. 28. 5. — const. 5. 14. C. 6. 24.

§. 653.

C. Modalität der Erbeinsetzung (*).

Die Erbeinsetzung kann 1. entweder schlechthin geschehen, oder 2. unter einer suspensiven, möglichen und erlaubten Bedingung (*a*), wo alsdann dem Erben die Erbschaft nicht früher deferirt wird, als bis die Bedingung eingetreten ist (*b*); dagegen wird jede resolutive (*bb*), unmögliche, den Anstand und die guten Sitten verletzende Bedingung für nicht hinzugefügt angesehen (*c*), während die ungereimte und die captatorische Bedingung die Einsetzung ungiltig macht (*d*); auch kann die Erbeinsetzung nicht in die reine Willkür eines Andern gestellt, wohl aber davon abhängig gemacht werden, daß ein Anderer eine in dessen Willkür stehende Handlung vornehme (*dd*). Die Erbeinsetzung kann ferner 3. erfolgen unter einer Zeitbestimmung, welche jedoch nur dann von Wirkung ist, wenn Jemand ex die incerto zum Erben eingesetzt ist, wo der dies, wenn es nicht der eigene Todestag des Eingesetzten ist (*ddd*), als Bedingung angesehen wird (*e*); dagegen wird bei einer Erbeinsetzung ex die certo sowohl, als in diem überhaupt, der dies für nicht hinzugefügt gehalten (*f*); 4. oder mit Angabe des Grundes, welcher den Testator zur Erbeinsetzung bewogen habe, wo es dann in der Regel auch nichts schadet, wenn die Thatsachen, auf welchen dieser angebliche Beweggrund beruht, in der Wahrheit nicht gegründet sind (*g*); 5. oder unter der Verpflichtung, daß der Erbe die Erbschaft ganz oder zum Theil zu einem gewissen Zwecke verwenden soll (modus), welchen der Erbe alsdann, wenn er die Erbschaft annimmt, zu erfüllen hat, vorausgesetzt, daß derselbe physisch und moralisch möglich ist, es wäre denn, daß der Erbe selbst allein dabei interessirt wäre (*h*). Endlich 6. hängt es auch von der Willkür des Testators ab, ob er den Erben schlechthin sine parte, oder ex parte, oder e re certa instituiren will (*i*).

(*) Dig. 28. 7. — 35. 1. — 34. 6. — Cod. 6. 45. u. 46. — 6. 41. — Donelli comm. iur. civ. Lib. 6. c. 18. 19.

(*a*) §. 9. J. 2. 14. — P. A. Coquette Diss. de conditionibus, quae in testamento scribuntur iure Romano. Lovanii 1824. — Mühlenbruch Comment. Th. 41. §. 1457—1465. Auch können mehrere Bedingungen hinzugefügt sein, wo es dann darauf ankommt, ob sie alle, oder ob nur die eine oder die andere zur Erfüllung kommen soll, um die Delation der Erbschaft zu begründen. §. 11. J. ibid. Ueber die Zeit, binnen welcher die Bedingung erfüllt werden muß, sehe man insbesondere: Arm. Ern. Endemann Comm. de implendae conditionis tempore. Marb. 1821. Vergl. Mühlenbruch a. a. O. §. 1463.

(*b*) fr. 5. §. 2. D. 36. 2. Ist die Handlung, welche der Bedingung zum Grunde liegt, von der Art, daß der Erbe oder Legatar sie lebenslänglich unterlassen soll, so kann er die Erbschaft oder das Legat sogleich erwerben, wenn er auf den Fall, daß er der Bedingung entgegen handelt, Caution bestellt, welche die cautio Muciana genannt wird. fr. 7. pr. D. 35. 1. Vergl. fr. 77. §. 1. fr. 79. §. 2. fr. 67. fr. 72.

pr. fr. 73. fr. 101. §. 3. D. ibid. — Donelli comm. iur. civ. Lib. 8. c. 33. — Majansius de cautione Muciana; in disputat. iuris T. 2. nr. 40. — Jo. God. Sig. Albr. Büchner de usu cautionis Mucianae ad solas libertates, quas tesator sub conditione negativa in heredem vel legatarium contulit, non restringendo. Giess. 1789. — Zimmern de cautione Muciana. Heidelb. 1818. — Car. Jul. Stübel Diss. de cautione Muciana. Lips. 1824. — Roßhirt Vermächtnisse B. 1. S. 381 ff. — Arndts Beiträge S. 183 ff. — Mühlenbruch a. a. O. §. 1464. — v. Vangerow §. 436. — F. Vering commentat. ad L. 4. §. 1. D. de cond. inst. Heidelb. 1856. — Arndts Pand. §. 495. Anm. 3.

(*bb*) Der Grund, weshalb eine resolutive Bedingung bei der Erbeinsetzung ungiltig ist, liegt in der Regel: semel heres semper heres. fr. 7. §. 10. in fin. D. 4. 4. — fr. 88. D. 28. 5. — In dem Testamente eines Soldaten ist eine solche Bedingung zulässig. arg. fr. 15. §. 4. fr. 41. pr. D. 29. 1. — const. 8. C. 6. 21. — Ueber resolutive Bedingungen bei Erbeinsetzungen sehe man überhaupt: Wening im Archiv. für die civ. Pr. B. 1. Nr. 9. — Thibaut civil. Abhandl. Nr. 17. — Derselbe im Archiv für civil. Praxis B. 5. S. 317. Dagegen: Zimmern ebendas. B. 7. S. 125 und dagegen wieder: Thibaut ebendas. B. 7. S. 363.

(*c*) Wird aber die Nichtvornahme einer unerlaubten oder gegen Sitte und Anstand verstoßenden Handlung zur Bedingung gemacht, so ist diese wirksam. S. überhaupt: Gaj. III. §. 98. — §. 10. J. 2. 14. — fr. 1. 8. 9. 14. 20. 27. D. 28. 7. — fr. 45. D. 28. 5. — fr. 6. §. 1. D. 35. 1. — const. un C. 6. 41. — Ueber den Grund dieser Abweichung von dem, was bei Verträgen gilt, s.: W. Sell Vers. B. 2. S. 30 ff. — v. Vangerow §. 434 Anm. 1. Vergl. übr. oben §. 171, 4.

(*d*) fr. 16. D. 28. 7. — fr. 70. 71. pr. D. 28. 5. — fr. 64. D. 30. — L. W. Bruynen Diss. de captatoriis institutionibus. Lugd. Bat. 1823. — Thibaut Versuche B. 1. Nr. 4. — W. Sell a. a. O. S. 295 ff. — Mühlenbruch Comm. B. 40. S. 206 ff.

(*dd*) fr. 32. pr. fr. 68. D. 28. 5. Nicht entgegen ist fr. 1. pr. D. 31. Glück Comm. Th. 33. S. 462 ff. — W. Sell a. a. O. S. 284 ff. — v. Vangerow §. 432. — Manche Schriftsteller behaupten, nach Canonischem Rechte cap. 13. X. 3. 20. sei heut zu Tage als Regel anzunehmen, daß man seine letztwilligen Verfügungen, auch die Erbeinsetzung, ganz oder zum Theil, mit oder ohne nähere Bestimmungen Andern giltig überlassen könne. Dagegen ist Glück opusc. Fasc. I. nr. 2. Dafür besonders Schrader Abhandl. aus dem Civilr. B. 1. Nr. 3. S. 71 und dagegen wieder Glück Comm. Th. 33 und 34. §. 1406 a. 1406 b., ferner Sell a. a. O. S. 290 ff. und v. Vangerow §. 432.

(*ddd*) Dieser steht dem dies certus gleich. const. 9. C. 6. 24.

(*e*) fr. 75. D. 35. 1. „Dies incertus conditionem in testamento facit." fr. 4. pr. fr. 22. pr. D. 36. 2. Geiger und Glück Rechtsfälle B. 1. Nr. 8. §. 12. 13. — Andere Ansichten hat Schöman Handb. des Civilrechts B. 1. S. 362.

(*f*) §. 9. J. 2. 14. — fr. 34. D. 28. 5. — Dernburg Beitr. zur Gesch. der Röm. Test. S. 307. — In einem testamento militis ist eine institutio ad diem zulässig. fr. 15. §. 4. fr. 41. pr. D. 29. 1. — const. 8. C. 6. 21.

(*g*) fr. 17. §. 1. D. 35. 1. — fr. 93. §. 1. D. 32. Diese Regel leidet indeß zwei Ausnahmen: 1. Wenn erwiesen werden kann, daß ein Irrthum des Testators zu Grunde liegt, wo die Erbeinsetzung wegen der falsa causa ungiltig ist. fr. 72. §. 6. D. 35. 1. — const. 4. C. 6. 24. Vergl. Cod. 6. 44. — 2. Wenn die causa als Bedingung ausgedrückt ist, wo sie als solche zu behandeln ist. §. 31. J. 2. 20.

(*h*) fr. 17. §. 4. D. 35. 1. — fr. 71. pr. D. ibid. — Hübner Disputat. iuris civilis Lib. 1. cap. 10. (S. oben §. 173.) Den Erben hiezu anzuhalten, dazu sind die Miterben und die Obrigkeit berufen. fr. 50. §. 1. D. 5. 3. — fr. 1. §. 3. D. 27. 2. — fr. 8. §. 6. D. 28. 7. — fr. 7. D. 33. 1. — v. Savigny Syst. B. 3. S. 233.

(*i*) §. 4. J. 2. 14. Ueber die Vertheilung der Erbschaft, wenn der Testator den Theil eines Jeden bestimmt, oder nicht bestimmt hat, sehe man §. 5—8. J. ibid. — fr. 17. §. 5. fr. 18. fr. 59. §. 2. D. 28. 5. — const. 23. C. 6. 37. — Donelli comm. iur. civ. Lib. 6. c. 20. 22. — Heineccii antiq. Rom. Lib. 2. Tit. 14. §. 5. 6. — Schrader civil. Abhandlungen (Weimar 1816.) Nr. 4. — Zimmern Grundriß des Erbrechts. S. 55. — Mühlenbruch Comm. Th. 40. §. 1439. — v. Vangerow §. 449. Anm. 3. — Ueber den heres e re certa

scriptus s.: §. 3. J. 2. 17. — fr. 1. §. 4. fr. 9. §. 13. fr. 10. 11. 35. 78. pr. D. 28. 5. — const. 13. C. 6. 24. — Hennemann Untersuchung: ob ein in re certa eingesetzter Erbe neben einem ohne gleiche Einschränkung eingesetzten, als Legatar zu betrachten sei; Schwerin u. Wismar 1790. — Jul. Volkmann Diss. de heredibus e re certa scriptis. Lips. 1827. — Mühlenbruch Comment. Th. 40. §. 1441. S. 169 ff. — v. Löhr in Linde's Zeitschr. B. 19. S. 73 ff. — Strippelmann Entscheid. des O. A. G. zu Kassel. B. 4. S 135 ff. Jetzt vor Allem: Neuner die heredis institutio ex re certa. Gießen 1853. Vergl.: v. Vangerow §. 449. Anm. 2. — Vering S. 309 ff.

§. 654.

D. Vom Pflichttheile (*). 1. Begriff desselben.

Der Regel nach hängt es von der Willkür des Testators ab, wen er zum Erben einsetzen will. Doch gibt es auch gewisse ihm nahe verwandte **) Personen, welche er ohne besonderen Grund nicht ganz von seiner Erbschaft ausschließen darf, sondern denen er, im Fall eine rechtmäßige Ursache zu ihrer gänzlichen Ausschließung von der Erbschaft nicht vorhanden ist, einen gewissen Theil seines Vermögens, welcher der Pflichttheil (portio s. pars legitima) genannt wird, hinterlassen muß (*a*), wo er dann aber über den übrigen Theil seines Vermögens disponiren kann, wie er will (*b*).

(*) Unter D, E und F ist von der Rücksicht die Rede, welche der Testator auf gewisse Intestaterben nehmen muß, und von den Folgen, welche eintreten, wenn er sie nicht nimmt (s. jedoch auch Note **). Der Herausgeber behält die Mackeldey'sche Anordnung dieser Lehre bei, schickt aber folgende geschichtliche Einleitung voraus: 1. Nach den zwölf Tafeln kamen, hauptsächlich durch ius civile im engsten Sinne, folgende Regeln auf. Der Testator mußte jeden suus, auch den posthumus suus (s. §. 659 Note *d.*) entweder zum directen Erben einsetzen (heredem instituere), oder ausdrücklich von der Erbschaft ausschließen (exheredare). Unterließ er beides (praeteritio) bei einem suus im engern Sinne, so war das Testament, wenn der Präterirte ein Sohn war, von Anfang an und für immer ganz nichtig, war es eine Tochter oder ein Enkel u. s. w., so wurde ihm neben den eingesetzten Erben ein Theil der Erbschaft deferirt (scriptis heredibus accrescit), bis Justinian dem *filius* suus die übrigen sui im engern Sinne gleich stellte. Die Präterition eines posthumus suus schadete dem Testament nicht von Anfang an, sondern erst dann, wenn der Präterirte suus wurde (si *agnascit* posthumus suus praeteritus), alsdann wurde es aber auch vor Justinian immer ganz nichtig (rumpitur testamentum agnatione posthumi sui praeteriti), ohne Unterschied, ob ein Sohn präterirt war, oder eine Tochter, ein Enkel u. s. w. Auf die Gründe, welche den Testator bestimmten, kommt es hier nicht an, es ist vielmehr nur darauf abgesehen, daß er seinen Willen gehörig ausspricht. Gaj. II. §. 123. 124. 127. 128. 130—134. 136—143. — Ulp. XXII. 14—22. XXIII. 2. 3. — Inst. II. 13. — Dig. XXVIII. 2. 3. — Cod. VI. 28. 29. (Ueber die Frage, wie diese Neuerungen allmählig entstanden, stellt Schmidt in der unten anzuführenden Schrift sehr interessante Betrachtungen an. Der erste Schritt bestand offenbar in der Einführung des Satzes, daß durch das Agnasciren eines posthumus suus das vorher errichtete Testament, worin er nach dem damaligen Rechte (§. 651 Note *d*) nicht bedacht sein konnte, immer rumpirt werde, des Satzes: rumpitur testamentum agnatione posthumi sui.) II. An diese Regeln schließt das prätorische Edict sich an, aber mit folgenden Abweichungen: A. Nicht blos die sui sollen instituirt oder exheredirt werden, sondern alle Diejenigen, welche, wenn kein Testament vorhanden wäre, ex edicto unde liberi zur B. P. gerufen würden. B. Wenn das Testament sonst aufrecht erhalten werden könnte, so soll eine unzulässige Präterition seine Aufrechterhaltung nicht ganz hindern. Es soll nämlich nicht sofort die B. P. intestati deferirt werden, sondern zunächst eine contra tabulas B. P., vorausgesetzt, daß der Präterirte den Testator überlebt, und in dem Verhältniß, wegen dessen er nicht hätte präterirt werden sollen, bleibt, und die secundum tabulas B. P., wenn die contra tabulas B. P. nicht deferirt oder nicht angenommen wird. Von der contra tabulas B. P. ist noch zu bemerken: 1. Sie wird in der Regel nicht dadurch

ausgeschlossen, daß die eingesetzten Erben von dem Testamente keinen Gebrauch machen wollen (non datur contra scriptos heredes sed contra lignum testamenti). 2. Gerufen werden dazu: a) die präterirten liberi (qui edictum committunt); b) außer diesen (commisso per alium edicto) diejenigen eingesetzten Erben, die auch selbst nicht hätten präterirt werden dürfen, so wie die eingesetzten in aliena familia befindlichen leiblichen Descendenten, andere Personen aber nicht, namentlich auch nicht die liberi exheredati. 3. Unter die Gerufenen wird die Erbschaft nach denselben Regeln vertheilt, wie bei der B. P. ex edicto unde liberi. Jedoch setzte Mark Aurel die präterirten weiblichen Descendenten nach Analogie des Civilrechtes auch hier zurück, und erst Justinian stellte sie den männlichen wieder gleich. 4. Wird die contra tabulas B. P. angenommen, so hängt das Schicksal der in dem Testamente angeordneten Vermächtnisse größtentheils davon ab, ob ein solcher, qui committit edictum, die B. P. agnoscirt, oder ob sie nur von solchen agnoscirt wird, welche blos commisso per alium edicto dazu gerufen sind. Im letzten Falle werden alle Vermächtnisse aufrecht erhalten, wie wenn es zur secundum tabulas P. B gekommen wäre, im ersten dagegen nur einige, und zwar immer das relegatum s. praelegatum dotis (eine Art von legatum debiti, §. 709) und unter Umständen bis zu dem Betrage einer portio virilis die Vermächtnisse an die exceptae personae, d. h. an die Descendenten, die nicht selbst die contra tab. B. P. agnosciren, und an die Ascendenten, nämlich unter der Voraussetzung, daß entweder das Testament nach Civilrecht giltig oder wenigstens derjenige, welcher sie zahlen soll, nicht präterirt ist. 5. Enthält das Testament anstatt eines relegatum dotis oder eines Vermächtnisses an eine excepta persona eine Erbeinsetzung der fraglichen Person, so ist dieselbe nach einer Constitution von Antoninus Pius in demselben Maße aufrecht zu erhalten, wie wenn es sich um ein Vermächtniß handelte. Gaj. II. § 125. 126. 129. 135–137. 151. — Ulp. XXII 23. XXVIII. 1–5. — §. 3–7. J. 2. 13. — §. 3. J. 3. 9. (10.) — Dig. XVII 4. 5. 8. — Cod. VI. 12. — const. 3. 4. C. 6. 28. III. Durch die Rechtsprechung des Centumviralgerichts bildete sich die Regel, daß ein giltiges Testament, worin ganz nahe verwandte Intestaterben auf eine lieblose Weise gegen andere Personen zurückgesetzt sind, vermittelst der querela inofficiosi testamenti umgestoßen werden kann, so daß es zur Intestaterbfolge kommt. Diese Querel beruht auf der Fiction, der Erblasser sei zur Zeit der Errichtung des Testaments nicht bei Verstand gewesen (color insaniae), und kann nur dann mit Erfolg angestellt werden, wenn der Erfolg der Lieblosigkeit nicht auf einem andern rechtlichen Wege (z. B. durch die Mittel, welche zuläſsig sind, wenn ein suus oder wenn ein emancipatus präterirt ist) aufgehoben werden kann. Wer unter den Intestaterben nahe genug verwandt sei, um diesen Anspruch machen zu können? wie viel ihm auf irgend eine Weise zugedacht sein müsse, damit er die Querel nicht anstellen kann? und gegen welche Klassen von Personen sie angestellt werden könne? alles dieses war Anfangs nicht durch eine allgemeine Norm bestimmt, sondern in jeder dieser drei Rücksichten entschied für jeden einzelnen Fall das Ermessen des Gerichtes. Im Laufe der Zeit aber fixirte sich der Satz, daß Descendenten und Ascendenten (die ab intestato erben würden) immer nahe genug seien, um gegen Jedermann, und vollbürtige Geschwister, wie halbbürtige Geschwister vom Vater her (längere Zeit mußten es agnatische Geschwister sein), nahe genug, um gegen eine turpis persona queruliren zu können (§. 655); ferner der Satz, daß die Klage von Demjenigen nicht angestellt werden dürfe, welchem so viel zugedacht ist, als ein Viertheil seiner Intestatportion beträgt, welches Viertheil man nun die legitima portio (den Pflichttheil) nennt (§. 656). Immer kann nur Derjenige queruliren, der nicht durch sein Betragen seinen Anspruch auf eine solche Berücksichtigung verloren hat. Wer aber in dieser Lage sei, darüber gab es (vor der Nov. 115, von welcher unter IV. die Rede sein wird) keine bestimmte Norm, sondern das Ermessen des Richters hatte in jedem einzelnen Falle zu entscheiden. Ob der Pflichttheil durch Erbeinsetzung oder durch Vermächtniß oder mortis causa donatio hinterlassen war, darauf kam es nicht an. Paul. S. R IV. 5. — Cod. Greg. II. 8. — Inst. II. 18. — D. V. 2. — Cod. III. 28. Justinian beschränkte die Querel durch die beiden Verordnungen, daß der Pflichttheilsberechtigte, dem etwas, aber nicht genug hinterlassen ist, nur eine actio ad supplendam legitimam soll anstellen können, und daß Bedingungen, Zeitbestimmungen und Lasten, soweit sie auf den Pflichttheil gelegt sind, von selbst nichtig sein sollen. const. 30–32. C. l. c. Dagegen erhöhte er den Pflichttheil in Nov. 18. c. 1 auf ein Drittheil und für gewisse Fälle auf die Hälfte der Intestatportion. IV. In Nov. 115. c. 3. 4. 5. pr. verordnet Justinian: die pflichttheilsberechtigten Descendenten und Ascendenten (von den Ge-

schwistern ist in der Novelle überhaupt nicht die Rede) sollen zu directen Erben eingesetzt werden. Er zählt ferner die Vergehungen auf, wegen deren dieses nicht zu geschehen braucht (§. 660), verlangt aber, wenn es nicht geschieht, daß das angebliche Vergehen im Testamente als Grund der Nichteinsetzung angeführt und daß die wirkliche Verübung desselben nach dem Tode des Testators von den eingesetzten Erben auf Verlangen erwiesen wird. Fehlt es an diesen Voraussetzungen, so soll das Testament quoad heredis institutionem zusammen fallen und die Intestaterbfolge eintreten, aber der übrige Inhalt des Testaments soll aufrecht erhalten werden, namentlich auch die Vermächtnisse. Der Descendent oder Ascendent, welcher eingesetzt ist, welchem aber nicht der ganze Pflichttheil zugedacht ist, soll sich immer noch mit der actio ad supplendam legitimam begnügen. Die oben unter I. berührte neueste Schrift: Adolf Schmidt das formelle Recht der Notherben, Leipz. 1862, erörtert in drei Abschnitten (S. 1 ff. S. 63 ff. und S. 151 ff.) die oben unter I., II. und IV. besprochenen Normen; die oben unter III. besprochene Lehre von dem Pflichttheile (das s. g. materielle Notherbenrecht) ist davon ausgeschlossen. Ueber die übrige Literatur s. §. 654 Note *a*, §. 658 Note* und §. 661 Note *, *i*, *k* u. *l*.

(**) Auch der Patron konnte nach Römischem Rechte unter Umständen einen Pflichttheil verlangen. 1. Das prätorische Edict gab demjenigen Patron, welchem der verstorbene Freigelassene bei seinem Leben nicht die gewöhnlichen Dienste geleistet hatte, einen Anspruch auf die Hälfte der Erbschaft, selbst auf Kosten von sui, die nicht leibliche Descendenten des Verstorbenen sind. Dieser Anspruch wurde geltend gemacht durch eine außerordentliche B. P., die nur auf die Hälfte der Erbschaft ging. Sie hieß B. P. contra tabulas liberti, wenn die giltig eingesetzten Erben die Erbschaft annahmen, und B. P. contra suos liberti, wenn die Intestatsuccession eintrat. Gaj. III. §. 40. 41. — Ulp. XXIX. §. 1. — pr. §. 1. J. 3. 7. (8.) Dasselbe Recht hat auch der parens manumissor. Dig. 37. 12. — const. 4. C. 6. 4. 2. Der Kindestheil, welchen die *lex Iulia et Papia Poppaea* dem Patron des centenarius libertus neben den sui und emancipati zusprach (§. 643 e. Note *ee.*), konnte ihm durch keine letztwillige Verfügung giltig entzogen werden. §. 2. J. 3. 7. (8.) 3. Justinian, der den durch die lex Iulia et P. P. dem Patron eines reichen Freigelassenen gegebenen Anspruch wieder aufhob, schaffte auch die B. P. contra suos liberti ab, und verordnete: nur wenn der verstorbene Freigelassene 100,000 Sestertien oder 100 solidi oder mehr hinterlassen hat (centenarius vel centenario maior libertus), soll der Patron, der ab intestato erben dürfte, einen Pflichttheil verlangen können, dieser soll in einem Drittheil der Erbschaft bestehen, auch soll die B. P. contra tabulas liberti hinwegfallen und nur eine actio ad supplendam legitimam gestattet sein, wenn dem Patron etwas, aber nicht ein ganzes Drittheil, giltig hinterlassen ist. §. 3. J. 3. 7. (8.) — const. 4. C. 6. 4. — S. überhaupt: v. Löhr in s. Mag. B. 3. (1.) S. 261 ff. — Unterholzner in der Zeitschr. für geschichtl. RW. B. 5. S. 84 ff. — Huschke im Rhein. Mus. B. 6. S. 100 ff. — Leist die B. P. B. 2. Abth. 2. S. 43. ff. Ueber die contra tabulas B. P. des parens manumissor und die bestrittene Frage, ob dieselbe nach dem neuesten Röm. Rechte noch bestehe oder nicht, s. M. S. Mayer de hereditate parentis manumissoris. Tub. 1832. — Francke Recht der Notherben § 39. — *Eiusdem* de manumissor. successione spec. I. II. III. Jen. 1835. — Mühlenbruch Comment. Th. 35. S. 219 ff. Th. 37. S. 356 ff.

(*a*) Quellen-Citate in Note * unter III und IV. — Donelli comm. iur. civ. Lib. 19. c. 4. — Claud. Chifletius de portionibus legitimis; in Ottonis Thesaur. T. 5. p. 721. — J. O. Westenberg Dissert. quatuor de portione legitima. In operib. Hann. 1746. T. 1. nr. II. — Car. Frid. Zepernick historia iuris civilis de legitima portione parentum. Halae 1773. — G. Möller die Lehre vom Pflichttheil. 2 Theile. Amberg. 1801. 1806. — Ed. Schrader Commentat. de nexu successionis ab intestato et querelae inoff. testam. Gött. 1802. — Aristides Cralle Comm. historico iuridica de portione legitima. Praefatus est L. A. Warnkoenig. Bonnae 1820. — Gl. Aug. Car. Klenze Diss. querelae inoff. testamenti natura ex principiis iuris Romani anteiustinianei eruta. Spec. I. Berol. 1821. — C. M. J. Valett das Recht der nothwendigen testamentarischen Berücksichtigung gewisser Verwandten oder das s. g. Notherbenrecht. Gött. 1826. (Vergl. darüber: C. G. Wächter in der Tüb. krit. Zeitschr. B. 1. S. 1 ff. u. Zimmern in Schunck's Jahrb. B. 2. S. 253 ff.) — J. C. Bluntschli Entwickelung der Erbfolge gegen den letzten Willen mit besonderer Rücksicht auf Nov. 115. Bonn 1829, besonders

§. 16. 20 u. 27. — W. Francke das Recht der Notherben und Pflichttheilsberechtigten. Götting. 1831. §. 1. 15 ff. — Glück Comment. Th. 6. §. 543. Th. 7. §. 543—561. Th. 35. §. 1420—1421. S. 119. — Mühlenbruch Forts. Th. 35. S. 119. — Th. 36. S. 139. (§. 1421—1422.) — Arndts im Rechtslex. B. 8. S. 79 ff. Besonders S. 95 ff. Vergl. auch die bei §. 658. 661 angef. Schriften.

(*b*) Der Soldat, welcher iure militari testirt (§. 645.), ist an die Vorschriften wegen Berücksichtigung der Pflichttheilsberechtigten und Notherben nicht gebunden, vorausgesetzt, daß er ihr Dasein kannte. §. 6. J. 2. 13. — const. 9. 10. C. 6. 21 vergl. mit const. 17. ibid. und const. 37. C. 3. 28. — Francke §. 35.

§. 655.

2. Personen, denen er gebührt (*).

Die Personen, denen der Pflichttheil gebührt, sind: 1. Die leiblichen Descendenten des Testators, jedoch nur insofern sie ihn ab intestato als ordentliche Successoren beerbt haben würden; also können die ehelichen und legitimirten Kinder von beiden Eltern und den Großeltern beider Seiten den Pflichttheil fordern, die unehelichen Kinder nur von ihrer Mutter und ihren mütterlichen Großeltern (§. 616.) (*a*). So viel die adoptirten Kinder anbetrifft, so können a) die Arrogirten und die vollkommen Adoptirten zwar von ihrem Adoptivvater den Pflichttheil verlangen (*b*), ob sie aber auch gegen ihren leiblichen Vater nach der Nov. 118 dazu berechtigt sind, das ist sehr bestritten (*c*); b) die unvollkommen Adoptirten können zwar von ihrem leiblichen Vater, aber nicht auch von ihrem Adoptivvater den Pflichttheil verlangen (*d*); dagegen sind c) die von einer Frauensperson Adoptirten den Pflichttheil auch von ihrer Adoptivmutter zu fordern berechtigt (*e*). In Ermangelung von Descendenten sind 2. die leiblichen Ascendenten des Testators, unter derselben Voraussetzung, daß sie ab intestato als ordentliche Successoren geerbt haben würden (*f*), ferner die vollbürtigen Geschwister und väterlichen Halbgeschwister des Testators (die s. g. germani und die consanguinei) ebenfalls unter der Voraussetzung, daß sie ab intestato geerbt haben würden, zum Pflichttheil berechtigt, die Geschwister jedoch immer nur dann, wenn der Testator eine turpis persona instituiren will (*g*). Die Halbgeschwister von der Mutter her (uterini) (*h*) und die Neffen und Nichten haben dagegen kein Recht auf den Pflichttheil (*i*).

(*) Francke a. a. O. §. 16. — Mühlenbruch a. a. O. Th. 35. S. 140 ff.

(*a*) pr. §. 1. J. 2. 18. — fr. 29. §. 1. 3. D. 5. 2. — §. 5. J. 2. 13.

(*b*) §. 4. J. 2. 13. — §. 2. J. 2. 18. — const. 10. C. 8. 48.

(*c*) In der const. 10. C. 8. 48 wird ihnen dieses Recht nämlich abgesprochen. Manche meinen nun, es käme auf die oben §. 616 angeführte Streitfrage an, so z. B. Roßhirt Intestaterbr. S. 397 ff. und Mühlenbruch S. 180 ff. S. aber auch: Schrader l. c. §. 30. — Thibaut System §. 810. — Glück Comm. Th. 7. S. 11. — Francke S. 185. — Büchel Streitfr. aus Nov. 118. S. 70 ff. — v. Vangerow §. 474.

(*d*) const. 10. pr. §. 1. C. 8. 48. Vergl. oben §. 552.

(*e*) Denn in const. 5. C. ibid. sind sie den leiblichen Kindern gleichgestellt. — Glück Comm. Th. 7. S. 373 u. Mühlenbruch a. a. O. S. 183.

(*f*) §. 1. J. 2. 18. — fr. 1. fr. 15. pr fr. 30. pr. D. 5. 2. Daß Adoptiveltern nie ein Recht zum Pflichttheile haben, behauptet: Krondal im Archiv für die civil. Praxis B. 4. Nr. 26. S. dagegen: C. G. Wächter in der Tüb. krit. Zeitschr. für RW. B. 1. S. 11 und Francke S. 188.

(*g*) Gegen diese von den Neuern fast allgemein angenommene Meinung hat indeß Marezoll in s. u. Linde's Zeitschrift B. 1. S. 185 zu zeigen gesucht, daß Geschwister

nach Röm. Recht nie einen Anspruch auf einen eigentlichen, ein- für allemal bestimmten, Pflichttheil, sondern nur das Recht haben, im Fall ihnen eine turpis persona vorgezogen ist, die querela inofficiosi testamenti anzustellen und damit der turpis persona Alles wegzunehmen, worauf dieselbe instituirt ist, es mag dies viel oder wenig sein. S. dagegen aber: Francke S. 198. — Glück Comm. Th. 35. S. 95 ff. und Mühlenbruch das. Th. 39. S. 272 Note 62.

(*h*) const. 27. C. 3. 28. Ueber das ältere Recht: tr. 8 §. 5. D. 5. 2. — const. 1. 3. C. Theod. 2. 19 und const. 21. C. 3. 28. — A. M. ist: Jo. VINC. TRUMMER Diss. de querela inoff. testam. fratribus uterinis haud deneganda. Erlang. 1783. S. dagegen: HERM. LORENZ Diss. utrum Nov. 118. c. 4. legi 27. C. de inoff. test. obroget, fratribusque uterinis legitima relinquenda sit, nec ne? Gött. 1784. — Höpfner Comm. §. 473 a. Note *b*. — Glück Comm. Th. 7. S. 12 ff. — Francke S. 192. — Mühlenbruch S. 230.

(*i*) Nach älterem Rechte unterliegt dies gar keinem Zweifel, §. 1. J. 2. 18. — fr. 1. D. 5. 2. — const. 21. 27. C. 3. 28; daß es aber auch nach den neueren Bestimmungen der Nov. 118. c. 3 über das Intestaterbrecht der Geschwisterkinder sich noch rechtfertigen lasse, wollen Einige bestreiten. S. darüber: J. H. BOEHMER exercit. ad Pand. Vol. 2. p. 815. — PÜTTMANN opusc. nr. 1. 2. — Höpfner a. a. O. — SCHRADER l. c. §. 40 seq. — Roßhirt Erbrecht S. 399. — Mühlenbruch a. a. O. Th. 35. S. 230.

§. 656.

3. Größe desselben.

Der Pflichttheil ist immer ein Theil derjenigen Portion, welche der Pflichttheilsberechtigte ab intestato erhalten haben würde (*a*). Früher bestand dieser Theil nach der Analogie der lex Falcidia (§. 716) immer in einem Viertheile der Intestatportion des Pflichttheilsberechtigten, es mochten ihrer viele oder wenige sein (*b*). Späterhin wurde aber der Pflichttheil von Justinian erhöht, indem Derselbe verordnete, daß, wenn vier oder weniger Descendenten des Testators vorhanden seien, der Pflichttheil ein Drittheil der Intestatportion, wenn aber mehr als vier vorhanden seien, die Hälfte der Intestatportion betragen solle (*c*). Dabei werden nun solche Descendenten, welche ab intestato in stirpes succediren würden, nicht nach Köpfen, sondern nach Stämmen gezählt, so daß die zu Einem Stamme gehörigen für Eine Person gerechnet werden (*d*). Diese Verordnung, die zuerst nur von den Descendenten handelt, wird am Schlusse auch auf die Ascendenten und Geschwister ausgedehnt (*e*).

(*a*) A. M. MADIHN de portione legitima non portione portionis ab intestato debitae. Francf. ad V. 1788. Dagegen: GLÜCK de constituenda legitimae portionis parentum quantitate. In opusc. Fasc. 3 und im Comm. B. 7. S. 29—60. Dagegen wider Madihn Miscellen aus allen Theilen der Rechtskunde. Breslau 1814. S. 145. Vergl. auch Schrader Abhandl. aus dem Civilrechte B. 1. S. 169. — Francke §. 17. — Mühlenbruch a. a. O. Th. 35. S. 256. — v. Vangerow §. 475 Anm. 1. Nr. 2. — Arndts S. 125. — Puchta Vorles. zu §. 489. — Sintenis Civilr. B. 3. §. 196. Note 2. Nr. 2

(*b*) §. 6. J. 2. 18. — fr. 8. §. 6. 8. D. 5. 2. — const. 29. C. 3. 28. Daher hieß er in den Pandekten und im Codex gewöhnlich die quarta, oder auch wohl Falcidia. const. 31. ibid.

(*c*) Nov. 18. c. 1. Daher der bekannte Vers:

„Quatuor aut infra natis dant iura trientem,
Sed dant semissem liberis, si quinque vel ultra.“

(*d*) Dieß ist wenigstens die gemeine Meinung. Glück Comm. Th. 7. S. 60. A. M. ist Schöman Handb. des Civilr. Th. 2. S. 75. Dieser sieht bei der Berechnung des Pflichttheils für einen bestimmten Descendenten nicht blos auf die Zahl der Stämme überhaupt, sondern auch auf die Zahl der Personen in dem Stamme, wozu jener

Pflichttheilsberechtigte gehört, so daß nach seiner Ansicht, wenn z. B. ein Sohn mit 6 Enkeln von einem verstorbenen Sohne concurrirt, der Pflichttheil des Sohnes $1/3$ seiner Intestatportion, der der Enkel $1/2$ ihrer Intestatportion ist. Dieser Meinung sind u. A. beigetreten: Weber zu Höpfner §. 173 *b*. — Schweppe Röm. Privatr. §. 959. — Francke S. 225. — Mühlenbruch S. 272 ff. — v. Vangerow §. 475. Anm. 1. Dabei soll es nach Mühlenbruch, wenn im Ganzen nicht über vier Stämme vorhanden sind, bei jedem einzelnen Stamme darauf ankommen, ob er mehr als vier concurrirende Personen zählt, nach Vangerow dagegen nur darauf, ob die Intestatportion des einzelnen Pflichttheilsberechtigten weniger als ein Viertheil betragen würde. Vergl. auch Arndts S. 127 ff. und Riebel in Linde's Zeitschr. n. F. B. 8. Nr. 8.

(*e*) Glück Comm. B. 7. S. 27. A. M.: Marezoll in s. und Linde's Zeitschr. B. 1. S. 251. B. 5. S. 178, welchem Mackeldey in der 10ten Auflage beitrat; s. aber: Francke S. 207. — Mühlenbruch a. a. O. Th. 35. S. 238. — Heimbach in Linde's und Marezoll's Zeitschr. B. 13. S. 397 ff. (vergl. Dessen Anecd. vol. 1. p. 98.) — v. Vangerow §. 475. Anm. 1. — Roßhirt testam. Erbr. B. 1. S. 86 ff. — Arndts S. 124 ff. — Sintenis a. a. O. Nr. 1.

§. 657.

4. Allgemeine Grundsätze vom Pflichttheil überhaupt und dessen Berechnung insbesondere (*).

Vom Pflichttheile und dessen Berechnung sind nun insbesondere noch folgende Grundsätze zu bemerken: 1. Um die Größe desselbeu zu bestimmen, hat man sowohl in Ansehung des Vermögens des Erblassers, als in Ansehung der Personen, nach deren Zahl er zu berechnen ist, auf die Zeit des Todes des Erblassers zu sehen (*a*). 2. Der Pflichttheil ist vom reinen Vermögen des Erblassers zu berechnen, nachdem zuvor alle Schulden davon abgezogen sind (*b*). 3. Bei der Frage: ob der Pflichttheil die Hälfte oder nur ein Dritttheil der Intestatportion des Pflichttheilsberechtigten betrage? kommen alle Personen in Rechnung, welche den Testator beerbt haben würden, wenn dieser ab intestato verstorben wäre, also z. B. auch die Enterbten (*c*), die unvollkommen Adoptirten und die arme Wittwe. 4. Der Pflichttheil ist ein Theil der Erbschaft des Verstorbenen, daher kann der Pflichttheilsberechtigte auch erst nach dem Tode des Erblassers Anspruch darauf machen (*d*), und es ist dann in der Regel alles darauf einzurechnen, was dem Berechtigten auf irgend eine Art vom Erblasser hinterlassen wird, sei es durch Erbeinsetzung, oder durch Legat oder durch Schenkung auf den Todesfall (*e*), eine Schenkung unter Lebenden aber nur dann, wenn sie ihm ausdrücklich unter dieser Bedingung gegeben worden ist (*f*). Derjenige, welcher Pflichttheilsberechtigte hat, darf sein Vermögen durch Schenkungen unter Lebenden nicht so sehr verringern, daß jenen dadurch ihr künftiger Pflichttheil ganz entzogen, oder auch nur geschmälert wird. Eine Schenkung, wodurch dieses geschieht, heißt inofficiosa donatio und ob sie dies ist, muß zunächst nach der Zeit, wo sie gemacht worden ist, beurtheilt werden (*ff*). 6. Der Pflichttheil muß endlich von der Substanz der Erbschaft hinterlassen (*g*) und darf durch keine Bedingung, Zeitbestimmung oder Last beschwert (*h*) werden, vielmehr wird alles dergleichen als nicht hinzugefügt angesehen (*i*).

(*) Francke a. a. O. §. 18. — Mühlenbruch a. a. O. Th. 35. S. 276.

(*a*) const. 6. C. 3. 28. In dieser und den darauf folgenden Constitutionen ist zwar noch vom alten Pflichttheile die Rede, allein Justinian hat in dieser Hinsicht nichts geändert.

(*b*) fr. 8. §. 9. D. 5. 2. — fr. 39. §. 1. D. 50. 16.

(*c*) fr. 8. §. 8. D 5. 2. Man drückt dieß gewöhnlich so aus: Exheredatus numerum facit ad augendam et partem facit ad minuendam legitimam. Francke S. 212.

(*d*) Nach der Regel: Hereditas viventis non datur. S. oben §. 605.

(*e*) fr. 8. §. 6. D. 5. 2. — const. 29. 30. pr. C. 3. 28. — Francke §. 18.

(*f*) fr. 25. pr. D. 5. 2. — const. 35. § 2. C. 3. 28. — const. 20. § 1. C. 6. 20. Außerdem die dos oder propter nuptias donatio, die der pflichttheilsberechtigte Descendent von seinem Ascendenten erhalten hat, const 29. C. 3. 28, und die verkäufliche militia, die dieser jenem verschafft hat, const. 20. cit. in pr.

(*ff*) S. oben §. 435 und die dort Note *a.* u. *b.* angef. Schriftsteller.

(*g*) const. 36. §. 1. C. 3. 28. Wenn indeß der Pflichttheilsberechtigte in re certa instituirt ist, so hat er kein Recht auf Theilung des ganzen Nachlasses zu bringen, sondern er kann nur Taxation der ihm hinterlassenen Sache und den Umständen nach Ergänzung seines Pflichttheils verlangen. Geiger und Glück Rechtsfälle. B. 2. Nr. 16 — v. Langenn u. Kori Erört. prakt. Rechtsfr. Th. 1. Nr. 4.

(*h*) const. 32. const. 33. pr. C. 3. 28. — Nov. 18. c. 3. — Doch kann man dem Pflichttheilsberechtigten insofern eine Beschwerde auflegen, wenn man ihm für dieses onus noch ein commodum außer dem Pflichttheile mit der ausdrücklichen Bestimmung hinterläßt, daß er dieses commodum nicht haben solle, wenn er sich jene Beschwerde nicht gefallen lasse. Man nennt dieß die cautela Socini, von Marinus Socinus dem Jüngern, einem im J. 1556 verstorbenen italienischen Juristen, welcher sie zuerst in einem Gutachten über ein Testament, welches sie enthielt, für zulässig erklärte. Koch über die Socinische Cautel. Gießen 1786. — Ge. Ludw. Böhmer auserlesene Rechtsfälle B. 3 Resp. 204. — Glück Comment. Th. 7. S. 86 ff. — Francke S. 247. — Mühlenbruch Comm. Th 35. S. 334 ff — Ueber const. 33. pr. cit. s. Marezoll in s. u. Linde's Zeitschr. B. 3 S. 362.

(*i*) Eine Ausnahme kommt vor in const. 12. C. 3. 28. — Sammet Hermeneutik S. 195.

§. 658.

E. Von den Notherben (*). 1. Wer ist Notherbe?

Unter Notherben versteht man überhaupt alle diejenigen Personen, welche ein Testator nothwendig berücksichtigen muß, und in diesem weitern Sinne ist jeder Pflichttheilsberechtigte ein Notherbe. Bei den pflichttheilsberechtigten Verwandten findet sich nun aber noch ein sehr wichtiger Unterschied. Die Descendenten und Ascendenten müssen nämlich nach der Nov. 115 entweder förmlich als Erben eingesetzt, oder förmlich von der ganzen Erbschaft ausgeschlossen werden (*a*). Selbst dann, wenn sie nur den Pflichttheil erhalten sollen, müssen sie doch auf jeden Fall instituirt werden. Sind sie aber instituirt, so kann ihnen der Betrag des Pflichttheils auf jede andere Art, z. B. durch ein Legat, hinterlassen werden (*b*). Eben deshalb, weil die Descendenten und Ascendenten des Erblassers entweder förmlich instituirt, oder förmlich ausgeschlossen werden müssen, nennt man sie jetzt Notherben im engern Sinne (*c*). Die Geschwister dagegen sind zwar unter der Voraussetzung, daß eine turpis persona instituirt wird, zum Pflichttheil berechtigt, aber sie brauchen weder förmlich instituirt noch ausgeschlossen zu werden (*d*), sondern es ist genug, wenn ihnen in jenem Falle der Pflichttheil auf irgend eine Art hinterlassen wird. Sie sind also keine Notherben im engern Sinne (*e*), in welchem der Ausdruck Notherbe hier von jetzt an allein gebraucht werden wird.

(*) Quellen-Citate in §. 654 Note *) unter I., II. und IV. — Donelli comm. iur. civ. Lib. 6. cap. 13—15. — Ger. Noodt de liberorum exheredatione et praeteritione. Lugd. Bat. 1692. — Luc. van de Poll de exheredatione et praete-

ritione Romana et hodierna. Amstelod. 1700. — A. HEISE Diss. de successoribur necessariis. Gött. 1802. — Jo. HENR. MAYER Diss. an et quatenus principia iuris Romani de successione necessaria etiam ad pacta successoria applicari possint? Gött. 1805. — Nic. Thad. Gönner über den Begriff eines Notherben in besonderer Anwendung auf deutsche Erbverträge. Landshut 1812. — HUEBNER disputt. iur. civ. lib. 1. c. 9. — AUG. GUIL. FÖRSTER Diss. de bonorum possessione liberorum praeteritorum contra tabulas parentum. Praemissa est disputatio de suis heredibus iure civili aut instituendis aut exheredandis. Vratislav. 1823. — Bluntschli (s. oben §. 654 Note *a*.) §. 1—15. 23 ff. — Francke §. 1—14. 27 ff. — Mühlenbruch Comment. B. 36. S. 139. — B. 38. S. 17. (§. 1421 h. — 1425 f.) B. 39. S. 1—10. (§. 1432.) — Uhrig über die Wirkung der B. P. contra tabulas. Würzb. 1844. — Leist B. P. B. 2. Abth. 1. S. 28 ff. — Arndts im Rechtslex. B. 3. S. 884 ff. B. 8. S. 79—95. 104 ff. — Heumann über das neueste Notherbenrecht nach Nov. 115; in Linde's Zeitschr. B. 17. S. 161 ff. — A. Schmidt das formelle Recht der Notherben. Leipz. 1862. (§. 654 Note * am E.)

(*a*) Nov. 115. cap. 3. pr. Ueber den weiten Sinn, in welchem hier Mackeldey den Ausdruck förmlich ausgeschlossen gebraucht, s. §. 659. Gewisse Descendenten mußten schon nach älterem Rechte instituirt oder exheridirt werden. S. §. 654 * unter I. und §. 659. Es gab also auch schon lange vor der Nov. 115 Notherben im engeren Sinne.

(*b*) const. 30. pr. §. 1. C. 3. 28. vergl. mit Nov. 115 c. 3. pr. — Stein von pflichtwidr. Testam. §. 52. S. 228. — von Bülow Abhandl. Th. 1, Nr. 9. — Francke §. 19. — Mühlenbruch a. a. O. Th. 35. §. 1421 d.

(*c*) Die Neuern nennen sie auch wohl heredes necessarii, allein dieser Ausdruck ist in dieser Beziehung nicht ächt und quellenmäßig, denn heres necessarius heißt im Röm. Rechte ein solcher Erbe, welcher, wenn ihm die Erbschaft aus irgend einem Grunde deferirt wird, nothwendig Erbe werden muß. S. unten §. 680. 681.

(*d*) Denn Justinian hat in Ansehung der Geschwister an dem älteren Rechte, nach welchem der Pflichttheil immer quocunque modo hinterlassen werden konnte, §. ult. J. 2. 18. — Nov 18. c. 1., nichts geändert.

(*e*) Auch die arme Wittwe gehört nicht zu den Notherben, d. h. sie braucht auf den ihr gebührenden Theil nicht instituirt zu werden, wenn gleich ihr derselbe durch keine Verfügung des Mannes entzogen werden kann (§. 627. Nr. 2).

§. 659.

2. Arten der Ausschließung.

Die Notherben müssen also entweder förmlich instituirt oder von der ganzen Erbschaft förmlich ausgeschlossen werden. Die Ausschließung von der ganzen Erbschaft, oder die Enterbung, ist aber nach Römischem Rechte entweder eine exheredatio oder praeteritio. Unter der exheredatio versteht das Römische Recht die ausdrückliche Erklärung des Erblassers, daß ein Notherbe exheres sein solle. Sie kann nur in einem Testamente vorgenommen werden, leidet keine Bedingung (*a*), und muß auch durchgängig ab omnibus heredibus und ab omni gradu geschehen (*b*). Wer nicht förmlich instituirt oder exheredirt ist, der heißt praeteritus (*c*). Der Vater und der väterliche Großvater muß die sui sowohl (*d*), als auch die emancipati (*dd*), immer exherediren (*ddd*), dagegen können andere Descendenten sowie die Ascendenten auch präterirt werden (*e*). Nach Justinians neuerer Vorschrift ist aber eine exheredatio und praeteritio immer nur aus gerechter Ursache zulässig, welche im Testamente angegeben sein muß (*f*).

(*a*) fr. 3. §. 1. D. 28. 2. — fr. 18. D. 37. 4. — fr. 68. in fin. D. 28. 5. — fr. 15. D. 28. 7. Doch kann ein suus unter einer Bedingung exheredirt werden, wenn er auf den Fall, daß die Bedingung nicht eintritt, instituirt wird, weil er dann auf keinen Fall präterirt ist, die Bedingung mag eintreten oder nicht. fr. 86. pr. D. 28. 5. — const. 4. C. 6. 25.

(*b*) fr. 3. § 2—4. D. 28. 2. — Carl Valett prakt. theoret. Abhandl. Nr. 4. — Francke §. 6.

(*c*) §. 12. J. 3. 1. — „Liberis *praeteritis*, id est, neque heredibus institutis, neque, ut oportet, exheredatis."

(*d*) Ueber den Begriff von suus heres s. man besonders: L. F. Griesinger Geschichte und neue Theorie der Suität. Stuttg. 1807. (Darüber: Heidelb. Jahrb. 1808. St. 2. Nr. 1.) — Francke §. 2. 3. — Mühlenbruch a. a. O. Th. 36. S. 139. — Schmidt S. 5. Note 8. vergl. mit S. 3 u. 4. Sui heredes heißen nämlich in Beziehung auf Institution und Exheredation nur diejenigen, die sich zur Zeit der Testamentserrichtung in der unmittelbaren väterlichen Gewalt des Testators befunden haben (sui heredes im eng. S.), ferner diejenigen, welche nachher noch in die unmittelbare Gewalt des Testators kommen, oder doch in dieselbe gekommen wären, wenn derselbe ihre Geburt erlebt hätte (posthumi sui). Vergl. §. 614 e. In Beziehung auf den nothwendigen Erwerb der Erbschaft ist der Begriff weiter (§. 681. not. *c*.).

(*dd*) Und andere Descendenten, welche, wenn es zur Intestatsuccession käme, zur B. P. ex ed. unde liberi gerufen sein würden.

(*ddd*) Wenn er sie nicht instituirt.

(*e*) S. die Quellen-Citate in §. 654. Note * unter I. und II.

(*f*) Nov. 115. c. 3—5. — Frid. Car. Weichsel Diss. do praeteritione iusta adiecta causa. Giess. 1797. — Nur durch die ausdrückliche Angabe dieser Ursache wird auch die Präterition zu einer förmlichen Ausschließung im Sinne Mackeldey's.

§. 660.

3. Ursachen der gänzlichen Ausschließung.

Die Ursachen, aus welchen A. die Descendenten von ihren Ascendenten exheredirt oder präterirt werden können (*a*), sind: 1. wenn sie sich thätlich an ihren Ascendenten vergreifen; 2. wenn sie dieselben auf schwere oder ungeziemende Art injuriiren; 3. wenn sie dieselben eines Verbrechens wegen, das nicht gegen den Staat oder den Regenten gerichtet ist, anklagen; 4. wenn sie sich unter Giftmischer oder Zauberer begeben und Theil an deren Gewerbe nehmen; 5. wenn sie den Ascendenten mit Gift oder auf andere Art nach dem Leben trachten; 6. wenn der Sohn mit seiner Stiefmutter oder der Concubine seines Vaters sich vermischt, was zwar wohl auch auf den Fall zu beziehen ist, wo sich der Enkel mit seiner Stief-Großmutter vermischt, nicht aber auf den Fall, wo sich die Tochter mit dem Stiefvater vergeht; 7. wenn der Sohn gegen seine Eltern als falscher Angeber auftritt und ihnen dadurch einen großen Vermögensverlust zuzieht (*aa*); 8. wenn der Sohn oder Enkel, aufgefordert vom Vater oder demjenigen Großvater, den er, wenn er sofort ohne Testament stürbe, zu beerben hätte, ihn durch seine Bürgschaft aus dem Schuldgefängnisse zu befreien, sich dessen weigert, ohnereachtet er dazu im Stande ist; 9. wenn ein Descendent seinen Ascendenten verhindert hat, ein Testament zu machen (*b*); 10. wenn der Sohn sich wider den Willen der Eltern unter die arenarii und mimi begibt und trotz des Abmahnens der Eltern dabei verbleibt, vorausgesetzt, daß die Eltern nicht selbst dieses Gewerbe treiben; 11. wenn die Tochter oder Enkelin sich einer ausschweifenden Lebensart ergibt, es wäre denn, daß sich ihr keine Gelegenheit zu einer anständigen Verheirathung darbot oder die Eltern dieselbe verhinderten, ohnerachtet sie schon volljährig war (*c*); 12. wenn die Kinder sich ihres wahnsinnigen Ascendenten nicht angenommen, oder 13. denselben aus der Kriegsgefangenschaft nicht losgekauft haben (*d*), und endlich 14. wenn die Descendenten orthodoxer Eltern sich zu einer ketzerischen Religionssecte bekennen. B. Die Ascen-

denten können von den Descendenten aus folgenden Gründen exheredirt oder präterirt werden (*e*): 1. wenn sie die Descendenten eines Verbrechens wegen, worauf der Tod steht, der Untersuchung überliefern, ausgenommen, wenn das Verbrechen gegen den Staat oder den Regenten begangen worden ist; 2. wenn sie den Descendenten mit Gift, Zauberei oder auf andere Weise nach dem Leben trachten; 3. wenn der Vater mit der Frau oder der Concubine seines Sohnes sich einläßt (*ee*); 4. wenn die Eltern ihre Kinder über Sachen, worüber sie testiren dürfen, ein Testament zu machen verhindern; 5. wenn der Ascendent seinem Ehegatten durch Gift den Verstand zu zerrütten oder auf irgend eine Weise sein Leben zu rauben sucht; 6. wenn die Kinder oder eins von ihnen wahnsinnig wird und die Eltern sich nicht darum bekümmern; 7. wenn die Eltern sich nicht bemühen, das Kind aus der Gefangenschaft, worin es sich befindet, zu befreien, und 8. wenn die Eltern eines orthodoxen Kindes sich der Ketzerei schuldig machen. — Andere Vergehungen, als die hier angegebenen, berechtigen nicht zur Exheredation oder Präterition (*f*). Ob aber eine erfolgte Aussöhnung die Wirkung der einen oder der andern Ursache aufhebt, ist zwar streitig, nach allgemeinen Grundsätzen aber zu bejahen (*g*).

(*a*) Nov. 115. cap. 3. — Francke §. 32. — v. Buchholtz jur. Abh. Nr. 6. — Mühlenbruch Comment. Th. 37. §. 1424 u. 1425. — Arndts im Rechtslex. B. 3. S. 895 ff.

(*aa*) Marezoll in Löhr's Mag. B. 4. (2.) S. 392. — Mühlenbruch S. 149 ff.

(*b*) Sterben in diesem Falle die Eltern darüber hin, ohne die Enterbung vornehmen zu können, so wird ein solches Kind als unwürdig von der Erbfolge ansgeschlossen. Vergl. unten §. 685 b.

(*c*) Auch eine bloße Verheirathung wider den Willen oder ohne Wissen der Eltern ist eine Enterbungsursache, ausgenommen, wenn die Verhältnisse von der Art sind, daß die Descendentin auch wegen eines ausschweifenden Lebens nicht enterbt werden dürfte und sie sich mit einem freien Manne verheirathet. Mühlenbruch S. 161 ff.

(*d*) Vorausgesetzt, daß der zu Enterbende zur Zeit dieses Vergehens wenigstens achtzehn Jahre alt war. Nov. 115. c. 3. §. 13. — Marezoll in seiner und Linde's Zeitschrift B. 2. S. 445. — v. Buchholtz Versuche Nr. 20. — Mühlenbruch S. 165.

(*e*) Nov. 115. cap, 4.

(*ee*) Buchholtz S. 141 und Andere beschränken dieses auf den Haussohn. S. aber Schneider in Linde's Zeitschr. B. 12. S. 369 ff. — Arndts a. a. O. Note 82. Was das Gesetz hier und oben unter A. 6 von der rechtmäßigen Römischen Concubine sagt, das ist nicht auf die heutige Maitresse zu beziehen.

(*f*) Denn es heißt in Nov. 115. cap. 3. pr. ausdrücklich: „ut praeter ipsas nulli liceat ex alia lege ingratitudinis causas opponere, nisi quae in huius constitutionis serie continentur.“ — Thibaut Versuche B. 1. S. 274. (2te Ausgabe.) — Mühlenbruch §. 1425 a. S. 176 ff. und die dort angef. Schriftsteller. Mit Unrecht wollen aber diese Schriftsteller jede analoge Anwendung der fraglichen Vorschriften ausschließen. v. Vangerow §. 484. — Arndts S. 898 und 899. — Schmidt das formelle Recht. S. 163.

(*g*) arg. §. 12. J. 4. 4. — fr. 11. §. 1. D. 47. 10. — Glück Comm. Th. 7. S. 217. — Francke S. 414. — Arndts S. 899. — Einige wollen dabei einen Unterschied gemacht wissen, ob die Aussöhnung vor oder nach der Errichtung des Testaments erfolgt ist. Höpfner Comm. §. 478. Note 7. — Mühlenbruch doctr. Pand. §. 498. — Derselbe im Comment. a. a. O. S. 185. — v. Vangerow a. a. O. Unbedingt verneint wird die Frage von Marezoll in s. und Linde's Zeitschr. B. 6. S. 70. und von Schmidt S. 165. Nr. 3.

§. 661.

F. Folgen der widerrechtlichen Ausschließung (*). 1. Allgemeine Uebersicht.

Wenn ein Testator in Ansehung seiner Notherben und Pflichttheilsberechtigten nicht alles beobachtet hat, was die Gesetze vorschreiben, so sind die Folgen verschieden. I. Sind die Notherben instituirt, so können sie gegen das Testament nichts machen, selbst wenn ihnen der Pflichttheil nicht vollständig hinterlassen sein sollte, indem sie in diesem Falle immer nur eine Klage auf Ergänzung des Pflichttheils haben (*a*). Dasselbe gilt natürlich auch von den Geschwistern, wenn ihnen der Pflichttheil auf irgend eine Art (§. 658), aber nicht vollständig, hinterlassen worden ist (*aa*). II. Sind die Notherben und Pflichttheilsberechtigten nicht instituirt, so muß man das ältere Recht vor der Nov. 115 von dem neuern Rechte nach dieser Novelle unterscheiden. A. Nach dem ältern Rechte konnten: 1. die von ihrem Vater oder väterlichen Großvater präterirten sui das Testament nach Civilrecht als nullum oder ruptum anfechten, je nachdem sie zur Zeit der Errichtung desselben schon sui waren oder es erst nachher wurden (postumi) (*b*); die präterirten emancipati konnten dagegen nur die B. P. contra tabulas nachsuchen, welche übrigens auch den suis praeteritis und commisso per alium edicto auch den instituirten suis und emancipatis gegeben wurde (*c*). Dieses galt auch, wenn dem Präterirten Vermächtnisse hinterlassen waren. 2. Waren hingegen die Kinder, gleichviel ob sui oder emancipati, von ihrem Vater oder väterlichen Großvater förmlich exheredirt, so hatten sie die querela inofficiosi testamenti, wenn sie zu beweisen vermochten, daß sie unverdienterweise (inique) enterbt waren (*d*). Auch diese fiel hinweg, wenn ihnen ihr Pflichttheil ganz oder durch ein Vermächtniß theilweise hinterlassen war. In dem letzten Falle waren sie nämlich nach einer frühern Verordnung Justinian's auf die actio ad supplendam legitimam beschränkt (*dd*). 3. Gegen das Testament der übrigen Ascendenten, z. B. der Mutter, so wie gegen das der Descendenten, hatte man, man mochte exheredirt oder präterirt sein, immer nur die Rechtsmittel, die der förmlich exheredirte suus oder emancipatus hatte (*e*), und eben so 4. gegen das Testament der Geschwister, wenn der Testator, ohne seinen Geschwistern den Pflichttheil zu hinterlassen, eine turpis persona instituirt hatte (*f*). Die Wirkung der s. g. querela nullitatis bestand übrigens nach älterem Rechte darin, daß das Testament seinem ganzen Inhalte nach ungiltig war (*ff*). Bei der B. P. contra tabulas (*g*) dagegen und bei der querela inofficiosi testamenti (*gg*) wurde oft Etwas davon aufrecht erhalten. B. Das neuere Recht oder die Nov. 115. c. 3—5 hat 1. in Ansehung der Geschwister nichts geändert, diese haben also jetzt noch immer die alte querela inoff. test. mit ihrer alten Wirkung (*ggg*). 2. In Ansehung der Eltern und Kinder hat Justinian verordnet, daß sie sich einander immer instituiren sollen und daß eine gänzliche Ausschließung nur dann zulässig sein soll, wenn eine von den in der Novelle speciell bezeichneten Ursachen dazu vorhanden und diese im Testamente angegeben worden sei (*h*). Wird nun a) nur gegen diese neue Vorschrift Justinian's gefehlt, sei es, daß gar keine, oder keine gesetzliche, oder zwar eine gesetzliche, aber unwahre, Ursache angegeben wird, so soll die Erbeinsetzung hinwegfallen, während der übrige Inhalt des Testaments, und namentlich die Vermächtnisse, bei Kräften bleiben. Ueber die alsdann Statt findenden Rechtsmittel gibt es unter den

Rechtsgelehrten drei verschiedene Ansichten: *α*) Nach dem reinen Nullitätssysteme soll das Testament alsdann immer mit einer querela nullitatis ex iure novo, oder, besser ausgedrückt, mit der gewöhnlichen heredatis petitio (*i*), *β*) nach dem reinen Inofficiositätssyme hingegen immer nur mit der querela inoff. test. angefochten werden können (*k*), *γ*) nach einem gemischten Systeme endlich soll, wenn gar keine oder keine gesetzliche Ursache angegeben ist, das Testament als nullum, wenn hingegen die angegebene gesetzliche Ursache unwahr ist, als inofficiosum angefochten werden können (*l*). Von diesen drei Systemen hat gegenwärtig der Theorie nach das reine Nullitätssystem den meisten Beifall (*m*); in der heutigen Praxis scheint indeß das gemischte System am meisten befolgt zu werden (*n*). Wird b) gegen das alte Recht gefehlt durch Präterition eines suus oder eines emancipatus, so ist nach der vorherrschenden Ansicht, die auch das Meiste für sich haben möchte, die B. P. contra tabulas und im ersten Falle auch die s. g. querela nullitatis ex iure veteri noch zuläßig, wie vor der Nov. 115 (*o*), es mag zugleich gegen die neuen Vorschriften dieser Novelle gefehlt sein oder nicht (*oo*). Es ist aber auch über diesen Punkt großer Streit. Einige behaupten nämlich, es sei nach der Nov. 115 bei den sui und emancipati, gerade wie bei den übrigen Descendenten und bei den Ascendenten, ganz einerlei, ob sie präterirt oder exheredirt worden (*p*), und nach Andern wäre zwar die Präterition der sui und emancipati noch eben so unzuläßig, wie vor der Nov. 115, allein die juristische Wirkung derselben wäre die nämliche, welche eintritt, wenn gegen die Novelle gefehlt wird (*q*).

(*) Außer den bereits oben §. 654. not. a. und §. 658. not. * angeführten Schriften sind hier noch folgende zu bemerken: Jos. Fernandez de Retes ad titt. de bonor. possessione contra tabulas et de inofficioso testamento; in Meermani thes. T. 6. p. 489. — Ge. Jos. Stein Versuch einer theor. praktischen Abhandlung über die Lehre des Röm. Rechts von pflichtwidrigen Testamenten. Erlangen 1798. — Joh. Ch. Koch Bonorum possessio. Gießen 1799. S. 134 folg. — Alb. Schweppe Diss. de querela inofficiosi testamenti successori necessario in genere tali in unoquoque casu concedenda nec ne. Gött. 1803. — Guil. Planck Diss. de nexu et habitu inter diversas successionis necessariae species et differentiis et convenientiis inter eas intercedentibus ex iure novissimo. Götting. 1806. — Francke §. 27—31. (Vergl. auch die folgenden Noten *i. k.* u. *l.*)

(*a*) §. 3. J. 2. 18. — const. 30. pr. const. 35. §. 2. const. 36. C. 3. 28. — Nov. 115. cap. 5 pr. — Glück Comm. Th. 7. S. 147. — v. Bülow Abhandl. Th. 1. Nr. 9. — G. J. de Schleinitz Comm. de actione qua ad supplendam legitimam agitur. Gött. 1819. — Francke §. 25. 26. — Mühlenbruch a. a. O. Th. 36. §. 1421 f. — Wie diese Klage nach dem neuesten Rechte durch das Testament abgewendet werden könne, darüber s. Schmidt S. 170.

(*aa*) Conr. Heineken Diss. de parentibus et fratribus ex L. 30. C. de inoff. test. agere valentibus. Helmst. 1762.

(*b*) S. oben §. 654. Note * unter I.

(*c*) S. oben §. 654. Note * unter II. und vergl. §. 614 *a*.

(*d*) fr. 1—3. D. 5. 2. — fr. 10. §. 5. D. 37. 4. Die Emancipirten mußten indeß in diesem Falle zuvor die B. P. ex edicto unde liberi agnosciren, welche daher in diesem Falle auch B. P. litis ordinandae gratia genannt wurde. fr. 6. §. 2. fr. 7. fr. 8. pr. D. 5. 2.

(*dd*) const. 30. 31. C. 3. 28. Wie in dem Falle der Note *a*.

(*e*) §. 7. J. 2. 13. — §. 2. J. 2. 18. — const. 17. 28. C. 3. 28.

(*f*) const. 27. C. ibid.

(*ff*) Allgemein gilt dieses übrigens erst seit Justinian's const. 4. C. 6. 28. S. oben §. 654. Note * Nr. I.

(*g*) Hier wurden namentlich die Exheredationen und häufig gewisse Vermächtnisse aufrecht erhalten. S. oben §. 654. Note * Nr. II.

(*gg*) Ueber diese s. unten, besonders §. 664 ff.

(*ggg*) A. M. ist Unterholzner Verjährungslehre §. 170 Nr. II. B. 2. S. 65. 66. 2te Ausg. S. 69.

(*h*) S. besonders: Bluntschli §. 23. 26. 29. ff. — Francke §. 27 ff. — Schmidt S. 157 ff.

(*i*) Martinus et Azo in glossa ad L. 5. D. de inoff. test. und ad Authent. coll. 8. tit. 16. c. 3. s. v. nominatim und ad vers. Si autem haec observata non fuerint. — J. M. Schneidt de querela inoff. test. inter parentes et liberos exule. Wirceburg. 1778. — Weber zu Höpfner's Comm. §. 525. Not. 2. — Thibaut Pand. §. 319. — Wening-Ingenheim Civilrecht §. 498. — Gans Scholien zum Gajus S. 295 und Erbrecht B. 2. S. 92—107. 115—151. — Wenck in praef. ad Hauboldi opusc. p. XXII. — Blume Vorr. zu s. Grundr. des Pandektenrechts S. XXXVI. — Bluntschli §. 24—26. — Francke §. 29. — Mühlenbruch doctr. Pand. §. 775. 776. Ders. im Comm. Th. 37. S. 245 ff. — Hunger Erbr. S. 224. Note 1. — v. Vangerow §. 485. — Schmidt S. 172 ff. Die Vertheidiger dieser Ansicht sind jedoch nicht einig über die wichtige Frage, wann die Nichtigkeit beginnt. Schmidt S. 176 ff. Ueberwiegende Gründe dürften aber dafür sprechen, daß diese Frage gerade so zu beantworten sei, wie bei der s. g. nullitas ex iure veteri.

(*k*) Cujacius ad Nov. 18 und Comm. in L. 3. de liberis et postum. — Donelli comm. iur. civ. Lib. 6. c. 13. — duareni comm. ad tit. Dig. de inoff. test. c. 3. (in operib. p. 174.) — Vinnii sel. quaest. Lib. 2. c. 21. — Voetii comm. ad Pand. Lib. 5. tit. 2. §. 23. — Malblanc princ. iur. Rom. T. 3. §. 697. — Jul. Ge. Paul. du Roi de testamento ob exheredationem sine elogio factam non ipso iure nullo. Helmst. 1780. — Hofacker histor. iur. civ. de exheredatione et praeteritione. Tubing. 1782. §. 26. — Koch Bonor. possessio S. 140. — Glück Comm. Th. 7. S. 347. — Schöman Handb. des Civilr. B. 2. S. 139. — Valett Notherbenrecht §. 36. — v. Hartitzsch Erbrecht §. 126. — Unterholzner Verjährungslehre B. 2. §. 170. — Roßhirt Erbrecht S. 403.

(*l*) Joannes Bassianus et Accursius in glossa not. *i.* cit. — Faber in errorib. pragm. Dec. 14. err. 7. — Schilter in praxi iur. Rom. Exerc. 14. §. 46. Exerc. 38. §. 54. — Strykii usus mod. Pand. Lib. 5. tit. 2. §. 4. — Emminghaus ad Cocceji ius controv. Lib. 5. tit 2. qu. 7. not. *e.* — Walch ius controv. Sect. 2. cap. 4. membr. 2. §. 20. — Madihn de successionibus §. 141. — Haubold Diss. de differentiis inter testam. nullum et inofficiosum. Lips. 1784. et in *Ejusd.* opusc. ed. Wenck. Vol. 1. p. 1. — Woltaer observ. iur. fasc. 2. obs. 27. — Höpfner Comm. §. 525. — Konopak Lehrb. der Inst. §. 371 u. 372 — Puchta Pand. §. 486.

(*m*) S. jedoch auch Note *i* am E. Mackeldey gab dem reinen Inofficiositätssystem den Vorzug. Er berief sich auf *Iulianus* in epitome Nov. 115 und auf die Ausdrücke: „rescisso“ und „evacuato testamento.“ Diese Ansicht hatte denn auch auf die Stellung der Lehre von der querela inofficiosi testamenti in diesem Lehrbuche Einfluß.

(*n*) Ueber alle diese verschiedenen Meinungen und Systeme s.: Koch Bonorum possessio S. 131—164. — Glück Comm. Th. 7. S. 335—351. — Spangenberg in der neuesten Ausg. von Strube's rechtl. Bed. Hannov. 1827. B. 2. Bed. 314. Note *. S. 79. — Bluntschli und Francke in den Note *h.* angef. Schriften. — Mühlenbruch Comm. a. a. O.

(*o*) Für diese Ansicht, welche Bluntschli das Enterbungssystem und Mühlenbruch das Correctionssystem nennt, s. namentlich: Recens. von Francke Notherbenr. in Schunck's Jahrb. der jur. Lit. B. S. 252 ff. — Fuhr in Linde's Zeitschr. B. 7. S. 290 ff. — v. Vangerow §. 486.

(*oo*) Jedoch ist im ersten Falle auch die durch die Novelle angedrohte Nullität aufrecht zu erhalten. Schmidt S. 190 ff., besonders Note 87.

(*p*) Diese Ansicht, welche Bluntschli das Ausschließungssystem und Mühlenbruch das vollständige Derogationssystem nennt, vertheidigen besonders: Bluntschli §. 26. — Francke §. 28. 31. — Arndts im Rechtslex. B. 8. S. 116. ff. — Sintenis Civilr. B. 3. §. 198.

(*q*) So besonders Mühlenbruch Comm. B. 37. §. 1425 c., welcher auch für diese Ansicht den Ausdruck vollständiges Derogationssystem gebraucht.

§. 662.

2. Von der querela inoff. testamenti insbesondere (*a*). a. Wer kann sie anstellen (*aa*)?

Zu der querela inofficiosi testamenti sind: 1. zunächst die Descendenten des Erblassers, denen der Pflichttheil gebührt, berechtigt. Sind keine Descendenten vorhanden, oder können oder wollen sie die Querel nicht anstellen, so steht dieselbe 2. den zum Pflichttheile berechtigten Ascendenten, und, wenn eine turpis persona instituirt ist, 3. auch den Geschwistern des Testators, nämlich den germanis und consanguineis, zu. Wenn in dem einen oder andern Falle mehrere Personen zugleich zur Querel berechtigt sind und eine von diesen die Querel nicht anstellen will oder sich damit versäumt, so accrescirt ihr Antheil den übrigen (*b*), und wenn sämmtliche zunächst Berechtigte sie nicht anstellen wollen oder können, so geht sie auf den oder die nächstfolgenden Berechtigten über (*c*).

(*a*) S. die oben §. 654. not. *a*. §. 658. not. * §. 661. not. * angef. Schriften. Ferner: Donelli comm. iur. civ. Lib. 19. c. 3. 10. — v. Hartitzsch Erbrecht §. 128 bis 134. — Neustetel u. Zimmern römischrechtl. Untersuchungen Nr. 3. — Bluntschli §. 16 ff. — Francke §. 20—24.

(*aa*) Diese Frage wird hier nach dem Rechte vor der Nov. 115. beantwortet. Das Gesagte gilt auch noch als neuestes Röm. Recht nach dem reinen Inofficiositätssysteme und mit Ausnahme des Falles, wenn pflichttheilsberechtigte Descendenten oder Ascendenten ohne Angabe eines hinreichenden Grundes nicht institutirt sind, auch nach dem gemischten Systeme; dagegen nach dem reinen Nullitätssysteme kann die Querel nur noch von Geschwistern angestellt werden. Nur darüber ist Streit unter den Anhängern dieses Systems, ob diese Regel nie eine Ausnahme erleide. S. v. Vangerow §. 486.

(*b*) fr. 16. pr. fr. 17. pr. fr. 23. §. 2. D. 5. 2. — v. Vangerow §. 480. Anm. 1.

(*c*) Nach dem Grundsatze oben §. 619. Nr. 3. S. auch: fr. 1. §. 7. D. 38. 8. — fr. 31. pr. fr. 14. D. 5. 2. — const. 24. C. 3. 28. — Schrader comm. cit. cap. 3. — Glück Comm. Th. 7. S. 380 ff. — v. Vangerow §. 480. Anm. 2.

§. 663.

b. Gegen wen wird sie angestellt?

Die Querel muß gegen den im Testamente eingesetzten Erben angestellt werden (*a*). Wird sie nun 1. von Descendenten oder Ascendenten angestellt (*aa*), so findet sie gegen jeden Erben Statt, dieser sei, wer er wolle (*b*), und dieser muß dann auch, im Falle der Kläger die Wahrheit der angegebenen Enterbungsursache leugnet, dieselbe nach dem neuesten Rechte erweisen (*c*). 2. Wird sie hingegen von Geschwistern angestellt (*cc*), so findet sie nur gegen denjenigen Erben Statt, welcher eine turpis persona ist, und hier muß der Kläger die turpitudo des Beklagten, und daß er ohne Grund demselben nachgesetzt worden sei, beweisen (*d*).

(*a*) So lange dieser indeß die Erbschaft nicht angetreten hat, ruht die Querel. fr. 8. §. 10. D. 5. 2.

(*aa*) Nämlich nach dem reinen Inofficiositätssystem oder nach dem gemischten Systeme. S. §. 662. Note *aa*.

(*b*) fr. 8. §. 2. D. ibid. — Auch gegen Jeden, der an des Erben Stelle tritt, findet sie Statt. const. 1. 10. C. 3. 28.

(*c*) Nov. 115. cap. 3. §. 14 in fin. „Sive igitur omnes — — — decernimus." Vergl. cap. 4. §. 9. ibid.

(*cc*) Diese können sie nach jeder der angegebenen Ansichten noch anstellen. S. §. 662. Note *aa*.

(*d*) fr. 3. 5. D. 5. 2. — const. 27. C. 3. 28. S. übrigens auch const. 22. 30. pr. const. 34. C. cod. tit. — const. 10. C. 5. 9. A. M. Francke S. 293 ff. S. aber Mühlenbruch Th. 37. S. 123 ff.

§. 664.

c. Worauf ist sie gerichtet?

Die Tendenz der Querel geht auf Rescission des Testaments und Abtretung der Erbschaft. Ist derjenige, welcher sie anstellt, der einzige Intestaterbe, so ist sie auf die ganze Erbschaft gerichtet, sonst nur auf den Theil, welchen er ab intestato erhalten haben würde (*a*), wofern nicht ein Accrescenzrecht eintritt (§. 662.) (*b*). Auch können die Geschwister, wenn eine persona honesta und eine persona turpis instituirt ist, mit der Querel immer nur das fordern, was die letztere nach dem Willen des Testators haben sollte (*c*).

(*a*) fr. 8. §. 8. fr. 19. fr. 23. §. 3. D. 5. 2. — Schrader l. c. cap. 2. Für die übrigen Intestaterben wird also (den Fall eines Versehens im Urtheile ausgenommen, fr. 6. § 1. fr. 19. 25. §. 1. D. 5. 2.) die Intestaterbfolge nicht eröffnet. A. M. namentlich Huschke im Rhein. Museum S. 341 ff. S. aber v. Vangerow §. 479. Anm. 1.

(*b*) fr. 17. pr. fr. 23. §. 2. D. ibid.

(*c*) const. 3. C. Th. 3. 19. — const. 27. C. 3. 28. — Francke Notherbenrecht S. 268. A. M. ist im letztern Punkte v. Buchholtz jur. Abh. S. 99., welcher, wenn das, was die turpis persona erhalten sollte, nicht so viel beträgt, als die Intestatportion der klagenden Geschwister, die Querel auf Ergänzung dieser Portion auch gegen die persona honesta zugelassen wissen will.

§. 665.

d. Wirkung derselben (*a*).

Wird die Querel: A. mit Erfolg angestellt, so muß man in Rücksicht der Wirkung folgende Unterschiede machen: 1. Wenn sie von Descendenten oder Ascendenten angestellt, also die Querel des neuen Rechts ist (§. 661. 662), so wird das Testament immer nur in Beziehung auf die Erbeinsetzung, und zwar entweder ganz, oder nur zum Theil ungiltig, je nachdem der Kläger die totale oder nur eine partielle Rescission erlangt (§. 664), während alle übrigen im Testamente enthaltenen Dispositionen, also auch die Legate und Fideicommisse, giltig bleiben (*b*). Wird nun die Erbeinsetzung a) ganz umgestoßen, so tritt die reine Intestaterbfolge ein, und dann kommt der Sieg auch den Intestaterben zu Statten, die für ihre Person gar kein Recht zur Querel hatten (*c*). b) Wird dagegen die Erbeinsetzung nur zum Theil rescindirt, so tritt eine gemischte Erbfolge ein, nämlich in Ansehung desjenigen, was der Kläger erhält, die Intestaterbfolge, in Ansehung desjenigen, was dem eingesetzten Erben bleibt, die testamentarische Erbfolge. Schulden und Legate trägt alsdann jeder nach Verhältniß seines Antheils (*d*). 2. Wenn die Querel von den Geschwistern angestellt, also die Querel des ältern Rechts ist (§. 661), so wird a) wenn nur eine turpis persona eingesetzt ist und die

Erbeinsetzung derselben ganz rescindirt wird, das Testament seinem ganzen Inhalte nach ungiltig, und es tritt wieder die reine Intestaterbfolge ein, wo alsdann auch diejenigen an der Erbschaft Theil nehmen, welche für sich kein Recht zur Querel hatten (*dd*); wenn aber die Einsetzung der turpis persona nicht ganz rescindirt wird, so tritt wieder eine gemischte Erbfolge ein und die Legate bleiben theilweise giltig. Dasselbe ist b) der Fall, wenn eine honesta persona und eine turpis persona eingesetzt ist, wo nur die Einsetzung der letztern ganz oder auch zum Theil nach dem Betrage der Intestatportion der Kläger rescindirt wird, die Einsetzung der erstern aber giltig bleibt und damit auch die ihr aufgelegten Legate aufrecht erhalten werden (*e*). B. Wird die Querel ohne Erfolg angestellt, d. h. verliert der Kläger den Proceß, so bleibt natürlich das Testament bei Kräften, und der Kläger verliert der Regel nach zur Strafe alles dasjenige, was ihm im Testamente zugedacht worden ist (*f*).

(*a*) Stein von pflichtw. Testam. §. 36—39. — Koch de succ. ab intest. Ed. 8. p. 209. — Schrader l c. cap. 4. — Glück Comm. Th. 7. S. 442 ff.

(*b*) Nov. 115. cap. 3. §. 14. in fin. Vergl. cap. 4. §. 9 ibid.

(*c*) Nov. 115. l. c. Sollte es sich daher finden, daß der Kläger gar nicht der nächste Intestaterbe ist, so würde ihm sein Sieg auch gar nichts helfen. fr. 6. §. 1. D. 5. 2.

(*d*) fr. 15. §. 2. fr. 16. pr. fr. 19. fr. 25. §. 1. D. 5. 2. — Zimmern a. a. O. S. 54.

(*dd*) Dieses kommt aber nur in Folge eines Versehens vor (§. 664. Note *a*.).

(*e*) arg. fr. 15. §. 2. fr. 24. D. 5. 2. — const. 13. C. 3. 28. Zum Theil anderer Meinung ist v. Buchholtz jurist. Abh. S. 69. (S. oben §. 664. Note c.)

(*f*) fr. 8. §. 14. D. 5. 2. S. unten §. 685 b. Note *c*.

§. 666.

e. Eigenthümlichkeiten und Wegfallen derselben.

Uebrigens ist von der querela inofficiosi testamenti noch insbesondere zu bemerken: 1. daß sie nur dann zulässig ist, wenn dem Kläger kein anderes Rechtsmittel zu Gebote steht (*a*); 2. daß sie binnen 5 Jahren von der Zeit an, wo der Testamentserbe angetreten hat, angestellt werden muß (*b*); 3. daß sie auf die Erben des Berechtigten nur dann übergeht, wenn sie bei seinen Lebzeiten präparirt ist oder wenn der dazu berechtigte Descendent mit Hinterlassung von Descendenten stirbt, während der im Testamente eingesetzte Erbe deliberirt (*c*). 4. Endlich findet sie gar nicht Statt: a) gegen das im Felde errichtete Testament eines Soldaten, vorausgesetzt, daß dieser wußte, daß er Notherben habe oder doch zu erwarten habe (*d*); b) gegen das Testament eines filiusfamilias über sein castrense peculium, so lange der Testator filiusfamilias ist, so wie gegen das Testament, welches ein filiusfamilias über sein quasi castrense peculium errichtet, ausgenommen, wenn er ein Geistlicher ist (*e*); c) gegen eine vom Vater angeordnete Pupillar-Substitution (*f*) und d) gegen eine exheredatio, quae bona mente fit, d. h. wenn Jemand seinen Notherben blos in der Absicht ausschließt, um dessen eigenes Beste dadurch zu befördern (*g*).

(*a*) §. 2. J. 2. 18. — Schneider die allg. subsid. Klagen des R. Rechts S. 440 ff. Zum Theil a. M. Bluntschli S. 158., s. aber Mühlenbruch Comm. Th. 35. S. 358. Note 37 und Schneider S. 442

(*b*) fr. 8. §. 17. fr. 9. D. 5. 2. — const. 34. 36. §. 2. C. 3. 28. — const. 2. C. 2. 41. — Unterholzner Verjährungslehre B. 2. §. 169—171. — Francke S. 313. ff. — Mühlenbruch Th. 35. S. 441 ff.

(c) fr. 6. §. 2. fr. 7. ibid. — const. 5. 34. C. ibid. — Jo. El. Voelgker (Pr. Car. Frid. Walch) Diss. de transitu querelae inofficiosi testamenti ad heredes. Jenae 1772. — Auf die Descendenten der berechtigten Descendenten läßt die Querel nach der const. 34. cit. unbedingt übergehen: Marezoll in s. und Linde's Zeitschr. B. 3. S. 343. Dagegen s. aber: Mühlenbruch Th. 35. S. 463. — v. Vangerow §. 478.

(d) §. 6. J. 2. 13. — const. 9. C. 3. 28. — const. 9. 10. C. 6. 21. vergl. mit const. 17. ibid.

(e) const. 37. C. 3. 28 — Nov. 123. c. 19. — Francke §. 35. hält dieses Privilegium des filiusfamilias durch Nov. 115. c. 3. 4. und Nov. 123. c. 9. für ganz aufgehoben, wenigstens in Beziehung auf dessen Descendenten und Ascendenten.

(f) fr. 8. §. 5. D. 5. 2. — cap. 1 in fin. de testam. in 6to. — Zimmern röm. rechtl. Untersuchungen B. 1. S. 83. — Thibaut im Arch. für civ. Pr. B. 5. S. 345. A. M. nach Nov. 115. ist auch hier Francke §. 36. Vergl. übrigens unten §. 669. Nr. 4.

(g) fr. 18. D. 28. 2. — fr. 16. §. 2. 3. D. 27. 10. — fr. 12. §. 2. fr. 47. pr. D. 38. 2. — const. 25. C. 3. 28. — Zimmern im Arch. für civ. Prax. B. 8. S. 153. Ganz verworfen wird die exheredatio bona mente, wenigstens nach neuerem Rechte, von Unterholzner im Arch. f. civ. Pr. B. 2. S. 53 und Francke §. 34. Dagegen s. aber: Mühlenbruch Comm. Th. 37. §. 1425 e. — Arndts im Rechtslex. B. 3 S. 901. — Sintenis Civilr. B. 3. §. 197 bei Note 24 ff — Schmidt S. 166 ff.

§. 667.

II. Zufälliger Inhalt der Testamente.

Außer der Einsetzung eines directen Erben und der gehörigen Berücksichtigung der Notherben, welches Beides bei einem Testamente wesentlich nothwendig ist, können in einem Testamente noch viele andere Dispositionen vorkommen, als Substitutionen, Legate und Fideicommisse, Ernennung von Tutoren und Manumissionen, welches Alles von der Willkür des Testators abhängt. Von der testamentaria tutela ist bereits oben (§. 577. 578) die Rede gewesen, eben so von den Manumissionen (§. 120), und die Lehre von den Legaten und Fideicommissen wird unten bei der Lehre von den Codicillen vorkommen, weil Legate und Fideicommisse eben so gut und wirksam in einem Codicille angeordnet werden können, wie in einem Testamente (§. 700 ff.). Es bleiben also hier nur noch die Substitutionen eines directen Erben übrig, welche, wie die Institution eines solchen, nur in einem Testamente angeordnet werden können.

§. 668.

A. Vulgarsubstitution.

Die einzelnen im Römischen Rechte vorkommenden Substitutionen lassen sich nicht unter einen allgemeinen Begriff fassen, und es ist daher jede für sich zu betrachten. Es gehört dahin: A. die vulgaris substitutio (*a*) oder die Ernennung eines andern directen Erben auf den Fall, daß der zum ersten ernannte Erbe nicht Erbe werden will oder nicht Erbe werden kann (*aa*). Von dieser gelten folgende Grundsätze: 1. Jeder, welcher ein Testament zu machen berechtigt ist, kann auf diese Art substituiren. Da aber 2. diese Substitution nichts weiter ist, als die Ernennung eines andern directen Erben auf den Fall, daß der zum ersten ernannte Erbe nicht Erbe wird, so kann sie auch nur in einem Testamente vorgenommen und es kann nur ein solcher substituirt werden, welcher instituirt werden kann (§. 651). 3. Die Art und Weise, wie

sie geschehen kann, ist sehr mannigfaltig; man kann dem ersten Erben einen zweiten, dem zweiten einen dritten u. s. w. substituiren (heredes secundo, tertio gradu scribere), wo alsdann die Regel eintritt: substitutus substituto est substitutus instituto (*b*); man kann ferner Einem Erben mehrere, und umgekehrt mehreren Erben Einen (*c*), so wie mehrere Erben des ersten Grades und mehrere Substituten einander wechselseitig substituiren (substitutio reciproca s. mutua) (*d*). 4. Die Substitution wird wirksam, sobald der Fall eintritt, für welchen sie angeordnet ist (*e*) (*f*). 5. Die Wirkung der Substitution besteht darin, daß der Substitut an die Stelle desjenigen tritt, welchem er substituirt ist. Er erhält alsdann der Regel nach die Portion, welche dieser erhalten haben würde, es wäre denn, daß er Neben-Substituten hätte, wo er sie mit diesen theilen muß (*g*). 6. Die Substitution erlischt, wenn der institutus oder ein früherer substitutus Erbe wird (*h*), wenn dem institutus eine Transmission zu Statten kommt (*i*), wenn der Substitut vor dem Instituten stirbt (*k*), wenn derselbe bei der wechselseitigen Substitution nicht als institutus Erbe wird (*l*), wenn die Substitution bedingt ist und die Bedingung nicht eintritt (*m*).

(*a*) Gajus II. §. 174—178. — Ulpian. XXII. §. 33. 34. — Paulus III. 4. B. §. 4. 5. — Inst. 2. 15. — Dig. 28. 6. — Cod. 6. 25. — Donelli comm. iur. civ. Lib. 6. c. 23. 24. *Eiusd.* comm. ad Cod. lib. 6. tit. 25. — Thom. Papillonii tract. de directis heredum substitutionibus; in Ottonis Thes. T. 4. p. 665. — Claud. Chifletius de substitutionibus; ibid. T. 5. p. 677. — Franc. Ramos del Manzano prael. ad tit. Dig. de vulgari et pupillari substitutione; in Meermani thes. T. 7. p. 321. — Jos. Finestres et de Monsalvo prael. ad tit. Dig. de vulgari et pupillari substitutione; in prael. Cervar. p. 165. — Gust. Alex. Franck Diss. de origine et natura vulgaris et pupillaris substitutionis. Jenae 1829. — Mühlenbruch Comm. Th. 40. §. 1445—1449. — Arndts im Rechtslex. B. 10. S. 654 ff.

(*aa*) Es ist hier nur die Rede von der Substitution eines directen Erben. Aber auch bei Legaten, Fideicommissen und Schenkungen auf den Todesfall sind Substitutionen zulässig. fr. 50. pr. D. 31. — const. un. §. 7. C. 6. 51.

(*b*) §. 3. J. 2. 15. — fr. 27. 41. pr. D. 28. 6. — fr. 69. D. 29. 2.

(*c*) §. 1. J. ibid.

(*d*) fr. 37. §. 1. D. 28. 5. — fr. 4. §. 1. D. 28. 6. — fr. 64. D. 31. — Meister prakt. Bemerk. aus dem Civil- und Criminalrecht. Gött. 1791. Th. 1. Nr. 6. — Eine solche substitutio mutua unterscheidet sich übrigens in mehreren Punkten von dem ius accrescendi. fr. 23. 24. 32. 41. pr. §. 1. 4. D. 28. 7. — fr. 9. D. 38. 16. — Jo. Hartw. Reuter Diss. de substitutione reciproca eiusque a iure accrescendi discrimine. Halae 1750. — Weber zu Höpfner §. 501. Note 1. — v. Bülow und Hagemann prakt. Erört. B. 4. S. 166. — Mühlenbruch a. a. O. §. 1448. S. 309 ff. — v. Vangerow §. 451. Anm. 3.

(*e*) fr. 3. D. 29 2. — fr. 69. D. ibid. — const. 3. C. 6. 26.

(*f*) Sollte der Ausdruck des Testators blos auf den Fall gehen, daß der vorhergehende Erbe nicht Erbe werden will, so ist darunter nach der gewöhnlichen Ansicht auch der andere Fall, wenn er nicht Erbe werden kann, stillschweigend mitbegriffen, und umgekehrt, arg. fr. 4. pr. D. 28. 6. — fr. 101. D. 35. 1. — const. 3. C 6. 24. — const. 4. C. 6. 26. Dagegen s. aber Mühlenbruch §. 1447. S. 301 ff.

(*g*) §. 2. J. 2. 15. — fr. 24. fr. 45. §. 1. D. 28. 6 — const. 1. C. 6. 26.

(*h*) const. 5. C. 6. 26. Ob aber die durch das Antreten des institutus einmal erloschene Substitution wieder auflebt, wenn der institutus gegen die Antretung Restitution erlangt, ist streitig. fr. 7. §. 10. D. 4. 4. — Vinnii sel. quaest. Lib. 1. cap. 14. — Jo. Voet. comm. ad Pand. L. 28. tit. 6. §. 14. — Cocceji ius controv. lib. 28. tit. 6. qu. 8. — Walch ius controv. ed. 3. pag. 222. — Mühlenbruch a. a. O. S. 361. — Roßhirt testam. Erbr. B. 1. S. 362 ff.

(*i*) Hier gehen nämlich die Erben des instituti dem Substituten vor, wie besonders Thibaut in s. Vers. B. 1. Nr. 13 und Mühlenbruch §. 1449. S. 337 ff. gegen Crell Diss. utrum herede instituto intra tempus deliberandi mortuo substitutus admittatur? Vitemb. 1734, gezeigt haben. S. unten §. 691. Note *h*. Eben so beim Legatar, dem ein Substitut gegeben worden ist. Zimmern im Arch. für civ. Prax. B. 9. S. 357.

(*k*) const. un. §. 4. C. 6. 51.

(*l*) fr. 23. 41. §. 4. D. 28. 6.

(*m*) fr. 14. 21. 23. D. ibid.

§. 669.

B. Pupillarsubstitution.

B. Die pupillaris substitutio besteht darin, daß der Vater oder väterliche Großvater für ein seiner väterlichen Gewalt unmittelbar unterworfenes unmündiges Kind auf den Fall einen Erben ernennt, daß das Kind nach ihm in der Unmündigkeit sterben sollte (*a*). Sie ist also ein Testament, welches man für sein unmündiges Kind macht, weil dieses, so lange es unmündig ist, nicht selbst testiren kann. 1. Das Recht dazu ist ein Ausfluß der väterlichen Gewalt, daher hat es nur derjenige, welchem diese zusteht oder doch zustehen würde, wenn er die Geburt des Unmündigen erlebte; auch steht es ihm nur in Beziehung auf diejenigen unmündigen Kinder zu, die, wenn er ab intestato beerbt würde, als sui heredes erschienen, hier aber ohne Unterschied, ob sie schon zur Zeit der Errichtung des Testamentes unmittelbar in seiner väterlichen Gewalt stehen, oder ob sie erst später in dieses Verhältniß kommen, oder posthumi sui im engeren Sinne (*aa*) sind (*b*). 2. Derjenige, welcher dazu berechtigt ist, kann der Regel nach für das ganze Vermögen des Unmündigen einen Erben ernennen, ohne Unterschied, ob dieses von ihm selbst herrührt oder vom Kinde anderswoher erworben ist (*c*), nur muß er 3. wenn er von seinem Rechte Gebrauch machen will, nothwendig auch für sich einen Erben ernennen (*d*). Dieß braucht aber nicht gerade das Kind selbst zu sein, sondern der Vater kann dasselbe, wenn er gerechte Ursache dazu hat, exherediren und ihm dennoch pupillariter substituiren (*e*). Es kommt also bei der Pupillarsubstitution ein doppeltes Testament in Betracht, dasjenige, welches der Vater für sich, und dasjenige, welches er für das Kind macht (*f*). Beide Testamente kann der Vater in einem Aufsatze, auch das eine schriftlich, das andere mündlich, errichten (*g*). Errichtet er beide zu gleicher Zeit, so braucht er die gewöhnlichen Formalitäten nur einmal zu beobachten, und es ist einerlei, ob er seinen oder des Kindes Erben zuerst ernennt (*h*); errichtet er sie aber zu verschiedener Zeit, so muß er das seinige zuerst machen und bei jedem die gewöhnlichen Formalitäten besonders beobachten (*i*). Immer aber ist das Testament des Kindes als ein Bestandtheil und Anhang des väterlichen Testaments anzusehen, weshalb es auch mit diesem steht und fällt (*k*). Uebrigens ist der Vater 4. in Ansehung der Person des Substituten, der Zahl derselben und der Grade der Substitution ganz ungebunden, so daß er selbst die Notherben und Pflichttheilsberechtigten des Kindes ausschließen darf (*l*); nur kann er 5. den Pupillarsubstituten nicht über die Testamentsmündigkeit der Kinder hinaus ernennen, wohl aber auf kürzere Zeit (*m*). 6. Wenn der Vater das Kind instituirt, so kann er die Vulgarsubstitution nicht allein ausdrücklich mit der Pupillarsubstitution verbinden (substitutio duplex), sondern es ist jedesmal, wenn er auch nur die eine ausdrücklich genannt haben sollte,

die andere stillschweigends darunter begriffen, es wäre denn, daß er selbst das Gegentheil erklärt hätte (*n*). 7. Die Pupillarsubstitution erlischt, wenn das väterliche Testament ungiltig wird (*o*), wenn das Kind, welchem pupillariter substituirt ist, mündig wird (*p*), wenn es noch vor dem Tode des Testators aus dessen Gewalt tritt (*q*), oder vor dem Vater stirbt, doch wird sie in diesem Falle, nach dem vorhin unter Nr. 6 aufgestellten Grundsatze, als Vulgarsubstitution aufrecht erhalten, wenn das Kind instituirt war (*r*).

(*a*) GAJUS II. §. 179—184. — ULP. XXIII. §. 7. 9. — Inst. 2. 16. — Dig. 28. 6. — Cod. 6. 26. — DONELLI comm. iur. civ. Lib. 6. c. 25. 26. S. die §. 668. Not. *a*. angef. Schriften und außerdem: G. T. MADIHN vicissitudines substitut. impuberum; in *Eiusd.* exerc. acad. Hal. nr. 9. — A. G. DENEKEN Diss. de successione ex pupillari substitutione. Götting. 1781. — Jo. BALTH. KÜSTNER (CHRIST. GLOB. RICHTER) Diss. de pupillari testamento praeterita impuberis matre rato. Lips. 1788. (enthält zugleich eine Geschichte der Pupillarsubstitution.) — Mühlenbruch Comment. Th. 40. §. 1450—1455.

(*aa*) D. h. solche, die erst nach seinem Tode geboren werden und, wenn er noch lebte, unmittelbar in seine potestas kämen.

(*b*) fr. 2. pr. D. 28. 6. — pr. J. 2. 16. — THEOPHILUS ad h. l. — GAJUS II. §. 183. — ULP. XXIII. §. 7. — Löhr im Arch. für civ. Pr. B. 9. S. 112.

(*c*) fr. 10. §. 5. D. ibid. Der pater arrogator kann indeß nur für das von ihm herrührende Vermögen pupillariter substituiren. fr. 10. §. 6. D. ibid. Vergl. oben §. 549.

(*d*) fr. 1. §. 3. fr. 2. §. 1. D. ibid. — §. 5. J. 2. 16.

(*e*) fr. 1. §. 2. D. ibid. — §. 4. J. 2. 16.

(*f*) §. 2. J. 2. 16. — GAJUS II. §. 180. — Jo. FRID. AUG. BRUNNEMANN (PR. GOD. LUDW. WINCKLER) substitutio pupillaris vel quasi duplex testamentum. Lips. 1788.

(*g*) fr. 20. §. 1. 28. 6.

(*h*) fr. 20. pr. D. ibid.

(*i*) fr. 2. §. 4—7. D. ibid.

(*k*) §. 5. J. 2. 16.

(*l*) fr. 8. §. 5. D. 5. 2. — cap. 1. de testam. in 6to. — Thibaut im Arch. für die civ. Pr. B. 5. S. 345. — Fuhr in s. u. Hoffmann's civ. Vers. Nr. 6. — Mühlenbruch S. 391 ff. — Roßhirt testam. Erbr. B. 1. S. 384 ff. — v. Vangerow §. 453. Anm. 3. A. M. sind: Zimmern röm. rechtl. Unters. B. 1. S. 83. — Francke §. 36.

(*m*) fr. 7. 14. D. 28. 6. Vergl. fr. 21. ibid.

(*n*) GAJUS II. §. 179. 180. — fr. 1. §. 1. fr. 4. pr. D. ibid. — fr. 29. D. 28. 2. — pr. J. 2. 16. — const. 2. 4. C. 6. 26. — Daß nur in der Vulgar-Substitution regelmäßig auch eine stillschweigende Pupillar-Substitution enthalten sei, nicht auch umgekehrt, behauptet Wening-Ingenheim in Linde's Zeitschr. B. 3. S. 115. 153. Dagegen s. aber besonders Mühlenbruch §. 1447. — v. Vangerow §. 451. Anm. 1. Ueber die Fälle der subst. pup. tacita s. auch: v. Vangerow §. 453. Anm. 1. — Fuchs im Arch. für civ. Pr. B. 38. Nr. 13. — Elvers im Arch. f. pr. R. W. B. 4. Nr. 1. — H. Pernice in Bekker's Jahrb. B. 1. Nr. 7.

(*o*) §. 5. J. 2. 16. War jedoch das Kind eingesetzt, so bleibt die Pupillar-Substitution giltig, wenn auch das Kind nicht ex testamento, sondern ab intestato Erbe wird. fr. 2. §. 1. D. 28. 6. Ebenso bleibt die Pupillar-Substitution giltig, wenn das väterliche Testament nach der Nov. 115. quoad heredis institutionem zusammenfällt. Nach älterem Rechte fiel sie jedoch auch durch den Sieg mit der querela inofficiosi testamenti zusammen. fr. 8. §. 5. D. 5. 2. — „Sed si in patris obtentum est, nec hoc valebit."

(*p*) pr. §. 8. J. 2. 16. — fr. 7. 14. 21. D. 28. 6.

(*q*) fr. 2. pr. fr. 41. §. 2. D. ibid.

(*r*) Vergl. CICERO de oratore. Lib. 1. c. 39. 57.

§. 670.

C. Vorrechte der Soldaten in Ansehung der Vulgar- und Pupillarsubstitution.

C. Der Soldat hat, wenn er iure militari testirt (§. 645), sowohl in Ansehung der Vulgar- als Pupillarsubstitution manche Vorrechte (*a*). Dahin gehört: 1. er kann selbst auf den Fall, daß der von ihm für sich ernannte erste Erbe wirklich Erbe wird, demselben einen zweiten und diesem wieder einen dritten u. s. w. dergestalt substituiren, daß der Substitut sein directer Erbe werden soll (*b*), während beim paganus durch eine solche Substitution nur ein Universal-Fideicommiß begründet werden würde (§. 727.). 2. Er hat das Recht der Pupillarsubstitution selbst dann, wenn er keine väterliche Gewalt über das Kind hat (*c*); auch kann er demselben sogar über die Jahre der Pubertät hinaus pupillariter substituiren, jedoch gilt die Substitution in diesen beiden Fällen nur in Ansehung des von dem Soldaten herrührenden Vermögens (*d*). Es ist bei ihm nicht erforderlich, daß er sich selbst einen Erben ernennt und daher erlischt eine von ihm angeordnete Pupillarsubstitution nicht, wenn auch sein eigenes Testament ungiltig wird (*e*). Eine solche iure militari vorgenommene, von der Regel des gemeinen Rechts abweichende, Substitution nennt man jetzt substitutio militaris, und bei dieser gilt die Regel nicht: daß die Vulgarsubstitution in der Pupillarsubstitution stillschweigends enthalten sei und umgekehrt (*f*).

(*a*) Thom. Papillonius de substitutionibus; in Ottonis thesaur. T. 4. p. 757. — Jo. Gfr. Bauer Diss. de substitutione militari; in opusc. T. 1. nr. 5. — Mühlenbruch Comment. Th. 42. §. 1477, 7. S. 107 ff.

(*b*) fr. 5. fr. 15. §. 4. D. 29. 1. — const. 8. C. 6. 26. und darüber: Arnold. Rotgersii apodicticae demonstrationes. Lugd. Bat. 1727. Vol. 1. Lib. 2.

(*c*) fr. 28. D. 29. 1.

(*d*) const. 8. C. 6. 26. — fr. 41. §. 4. D. 29. 1. — A. M. ist C. G. Scweitzer de substitutione vulgari tacita. Jenae 1814. pag. 19. Bestritten ist die Frage, ob in diesen beiden Fällen die Substitution als directe Erbeinsetzung oder nur als fideicommissum hereditatis gelte. Mühlenbruch a. a. O. S. 108—111.

(*e*) fr. 2. §. 1. D. 28. 6. — fr. 15. §. 5. fr. 41. §. 5. D. 29. 1.

(*f*) const. 8. C. 6. 26.

§. 671.

D. Quasi-Pupillarsubstitution.

D. Nach der Analogie der Pupillarsubstitution hat Justinian noch eine andere Art der Substitution eingeführt, indem er den Ascendenten eines rasenden oder wahnsinnigen Kindes das Recht ertheilte, demselben auf den Fall, daß es im Wahnsinn versterben sollte, einen Erben zu ernennen, weil das Kind, so lange es wahnsinnig ist, nicht selbst würde testiren können. Diese Art der Substitution heißt bei Justinian substitutio ad exemplum pupillaris, jetzt nennt man sie substitutio quasi pupillaris s. exemplaris s. Iustinianea (*a*). 1. Ein Recht, auf diese Art zu substituiren, hat jeder Ascendent des wahnsinnigen Kindes, ohne Unterschied des Geschlechts und des Grades und ohne alle Rücksicht auf väterliche Gewalt, wenn nur der Wahnsinnige im Verhältnisse eines unmittelbaren Intestaterben zu ihm steht (*b*). 2. Es kann nur denjenigen wahnsinnigen Descendenten auf diese Art substituirt werden, welche *perpetuo* mente capti sind, nicht also auch denjenigen, welche

lichte Zwischenräume haben (*c*). 3. Da das den Ascendenten ertheilte Recht, ihren wahnsinnigen Descendenten zu substituiren, Nichts weiter ist, als das Recht, ein Testament für sie zu machen, so folgt, daß jeder Ascendent, welcher von diesem Rechte Gebrauch machen will, nicht blos über sein eigenes Vermögen, welches er dem Wahnsinnigen hinterläßt, sondern auch über das Vermögen des Wahnsinnigen selbst testiren kann (*d*). Hätten nun mehrere Ascendenten, jeder für sich dem Wahnsinnigen quasi pupillariter substituirt, so würde in Ansehung des von jedem derselben dem Wahnsinnigen hinterlassenen Vermögens auch der von jedem derselben ernannte Substitut den Vorzug haben, in Ansehung des eigenen Vermögens des Wahnsinnigen aber würden die mehreren Substituten im Verhältnisse von Miterben zu einander stehen (*e*). 4. Der Ascendent, welcher Gebrauch von diesem Rechte machen will, muß dem Wahnsinnigen wenigstens den Pflichttheil hinterlassen (*f*). Hieraus folgt nun allerdings, daß dem, selbst aus gerechter Ursache, enterbten Wahnsinnigen gar nicht quasi pupillariter substituirt werden kann, aber es folgt nicht auch, daß der substituirende Ascendent nothwendig auch für sich selbst ein Testament machen muß; er kann vielmehr ab intestato sterben und blos für den Wahnsinnigen ein Testament machen (*g*). 5. Wenn der Wahnsinnige vernünftige Descendenten hat, so muß der Testator einen oder einige derselben oder alle substituiren, darf aber daneben durchaus keinen Fremden substituiren; in Ermangelung vernünftiger Descendenten des Wahnsinnigen muß er von den vernünftigen Geschwistern desselben, welche mit diesem zugleich von ihm, dem Testator, abstammen, eins oder einige oder alle substituiren; sind aber auch keine solche Geschwister da, so kann er substituiren, wen er will (*h*). 6. Die Substitution erlischt, sobald der Wahnsinnige seinen Verstand wieder erlangt, oder wenn er vor dem Testator, oder der Substitut vor ihm stirbt (*i*).

(*a*) const. 9. C. 6. 26. — §. 1. J. 2. 16. — Donelli comm. iur. civ. Lib. 6. c. 27. — Giphanius explanatio Cod. ad h. t. Tom. 2. p. 56. — Madihn vicissitudines substitutionis exemplaris. Halae 1775. — Unterholzner Bemerkungen über die quasi pupillaris substitutio; im Arch. für civ. Pr. B. 2. S. 52. — Löhr über const. 9. C. 6. 26. ebendas. B. 5. S. 105. — Thibaut über den Zweck und die Fortdauer der Quasi-Pupillar-Substitution; ebendas. B. 5. S. 337. — Löhr über die Wirkungen der quasi pupillaris substitutio; ebendas. B. 9. S. 99. (Darüber: Puchta in Schunck's Jahrb. der jur. Liter. B. 5 S. 284.) — Thibaut das. B. 10. S. 217 ff. — Haimberger ebendas. B. 12. Nr. 18. — Francke S. 463. — Fuhr in s. und Hoffmann's Vers. Nr. 6. — Puchta Gewohnheitsr. B. 2. S. 68 ff. — Fritz in der 5. Aufl. des Wening-Ingenheim'schen Lehrbuches §. 465. (V. §. 91—93.), besonders Note *k*. — Mühlenbruch Comm. §. 1456. Th. 40. S. 475 ff. Th. 41. S. 1 ff. — v. Vangerow §. 456. — Düffer ad const. 9. C. de impub. et al. subst. Halis 1848. — Hüffer de subst. quasi pup. Vratisl. 1853.

(*b*) Dieß folgt aus den Worten der const. 9. cit. — „liceat parentibus legitima portione ei vel eis relicta etc." — Geht man von der in der Note *d*. angeführten Unterholzner'schen Theorie aus, so kann das Institut mit seinen Eigenthümlichkeiten seit der const. 7. C. 5. 70. (§. 684, 4) nur noch da vorkommen, wo der Testator den Wahnsinnigen in seiner väterlichen Gewalt hat. — v. Löhr in der ersten seiner angeführten Abhandlungen.

(*c*) Wenn daher der Wahnsinnige schon vor dem Wahnsinne ein giltiges Testament gemacht hat, so kann ihm nicht mehr quasi pupillariter substituirt werden. §. 1. J. 2. 12. Auch kann nur wahnsinnigen Descendenten auf diese Art substituirt werden, nicht auch solchen, die aus andern Gründen unfähig sind, zu testiren, z. B. den prodigis. A. M. ist zwar Jo. Voet. comm. ad Pand. Lib. 28. tit. 6. §. 27; allein man sehe: Löhr a. a. O. B. 5. S. 109. B. 9. S. 110. — Thibaut a. a. O. S. 344.

(*d*) A. M. sind Unterholzner a. a. O. B. 2. S. 57 und Löhr a. a. O. B. 5. S. 114, welche die Wirkung der Substitution auf dasjenige Vermögen beschränkt wissen wollen, welches von dem Substituirenden herrührt. Dieß bestritt Thibaut a. a. O. Dagegen hat Löhr a. a. O. B. 9. S. 99 seine und Unterholzner's Meinung, und dagegen wieder Thibaut a. a. O. B. 10. S. 217 die seinige zu rechtfertigen gesucht. Dieser letztern Meinung ist auch Francke a. a. O. und ausführlich sucht sie zu vertheidigen Mühlenbruch Th. 41. S. 3 ff., während v. Vangerow a. a. O. die Unterholznerisch-Löhr'sche Theorie wieder in Schutz nimmt. Vergl. auch Puchta a. a. O. u. Fritz a. a. O.

(*e*) Die Meinungen hierüber sind indeß sehr verschieden. S. die Note *d*. angef. Schriften und Thibaut System §. 703. — v. Wening-Ingenheim Lehrb. des Civilr. B. 2. §. 465. — Mühlenbruch doctr. Pand. T. 3. §. 675. Nach Haimberger im Arch. für civ. Pr. B. 12. S. 254 soll in diesem Falle nur die Substitution desjenigen Ascendenten gelten, welcher alle übrigen Ascendenten überlebt. Ausführlich handelt jetzt von diesem Punkte Mühlenbruch a. a. O. S. 28 ff.

(*f*) const. 9. C. 6. 26. — „liceat parentibus legitima portione ei vel eis relicta etc."

(*g*) A. M. ist Unterholzner a. a. O. S. 56 und Thibaut System. §. 703; allein man sehe Löhr a. a. O. B. 5. S. 112. A. M. wieder Mühlenbruch Th. 40. S. 472 ff.

(*h*) Zimmern im Arch. für civ. Pr. B. 2. S. 289. In vielen Punkten ist auch hier a. M. Francke a. a. O. Dagegen s. aber: Fuhr a. a. O. — Mühlenbruch Th. 41. S. 4 ff.

(*i*) Streitig ist es, ob arg. fr. 43. pr. D. 28. 6 die Substitution auch dann erlischt, wenn der Wahnsinnige noch einen Notherben bekommt, der nicht wahnsinnig ist. Vergl. Löhr a. a. O. B. 5. S. 114 und Mühlenbruch Th. 41. S. 37 ff.

Vierter Titel.

Von der Ungiltigkeit der Testamente.

§. 672.

Allgemeine Uebersicht.

Ein Testament ist giltig, wenn nicht ein besonderer Grund vorhanden ist, weshalb es entweder schon von Anfang an ungiltig war, oder doch in der Folge ungiltig wurde (*a*).

(*a*) Gajus II. §. 138–151. — Ulp. tit. 23. — Inst. 2. 17. — Dig. 28. 3. — Donelli comm. iur. civ. lib. 6. c. 16. — Mühlenbruch Comment. Th. 38. §. 1426—1431. Th. 39. §. 1432—1433.

§. 673.

I. Von Anfang an ungiltige Testamente.

Von Anfang an ist ein Testament aus folgenden Gründen ungiltig: 1. Wenn in Ansehung der äußern Form Etwas versehen ist, und dann heißt es testamentum iniustum s. non iure factum (*a*); 2. wenn in Ansehung des wesentlichen Inhalts desselben Etwas versehen ist, also wenn es an einer giltigen Erb-Einsetzung fehlt oder ein suus im engern Sinne präterirt oder ein vorhandener Notherbe nicht so, wie es die Nov. 115 vorschreibt, berücksichtigt ist (*aa*), oder wenn der Testator überhaupt zu der Zeit, als er es errichtete, unfähig war, ein Testament zu errichten, und dann heißt es testamentum nullum oder nullius momenti (*b*). Das testamentum iniustum und nullum ist (mit Ausnahme des Falles, wenn der Grund der Ungiltigkeit in der Nov. 115 liegt) seinem ganzen Inhalte nach ungiltig (*c*).

Nach Civilrecht kann es nie giltig werden, wenn auch in der Folge der anfängliche Grund der Ungiltigkeit wegfällt (*d*). Wenn daher ein Testament wegen nicht gehörig geschehener Einsetzung oder Enterbung eines suus nullum ist (*e*), dieser suus aber noch bei Lebzeiten des Testators stirbt, so bleibt das Testament nach Civilrecht ungiltig, der Prätor erhält es aber dadurch aufrecht, daß er dem darin eingesetzten Erben die bonorum possessio secundum tabulas ertheilt (*f*).

(*a*) fr. 1. D. 28. 3. Testamentum non iure factum dicitur, ubi solennia iuris defuerunt."

(*aa*) Dieser Fall gehört nur nach dem Nullitätssystem immer hieher.

(*b*) fr. 1. D. ibid. Doch wird es auch wohl iniustum genannt, z. B. fr. 3. §. 3. D. ibid. — Auf den Fall der mangelnden Fähigkeit zum Testiren beziehen sich diese Stellen nicht. Es ist aber gewiß ganz passend, auch hier die Ausdrücke testamentum nullum und nullius momenti zu gebrauchen.

(*c*) fr. 17. D. 28. 1. — const. 12. C. 6. 23. — const. 29. C. 6. 42.

(*d*) „Quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere." fr. 29. 201. 210. D. 50. 17. S. darüber besonders: Müller im Arch. für die civ. Pr. B. 14. S. 273 ff. und auch die unten §. 721 Not. *b*. *c*. angef. Schriften über die regula Catoniana bei Legaten.

(*e*) pr. J. 2. 13. Das Testament eines Soldaten ist aus diesem Grunde nicht ungiltig, weil der Soldat nicht an die Regeln der Einsetzung und Enterbung der sui gebunden ist. const. ult. C. 3. 28. Vergl. Nov. 123. cap. 19. — fr. 37. §. 2. D. 29. 1. — S. oben §. 654. Not. *b*. Nur muß der Soldat das Dasein seiner sui gewußt haben. fr. 7. D. ibid. — const. 10. C. 6. 21.

(*f*) Gajus II. §. 123. — fr. 12. pr. D. 28. 3. — Koch bonorum possessio. S. 311. 328. 347. 438. 440 und Hugo in der Rec. dieser Schrift in den Gött. gel. Anz. 1799. S. 189. (Auch in Dessen Beitr. zur civil. Bücherkenntniß. B. 1. S. 412.) — Struben rechtl. Bed. Th. 1. Bed. 132. (Neueste Ausg. von Spangenberg Bed. 314. not. i.) — Valett Pandektenrecht §. 1008. — S. auch oben §. 654. Note * unter II. und die in §. 658 Note * citirten neueren Schriftsteller.

§. 674.

II. In der Folge ungiltig gewordene Testamente. A. Testamentum irritum.

War ein Testament von Anfang an giltig, so kann es späterhin aus folgenden Gründen ungiltig werden: A. wenn der Testator irgend eine Capitisdeminution erleidet. Dadurch wird das Testament irritum (*a*), und ein solches ist und bleibt nach dem Civilrechte für immer (*aa*) seinem ganzen Inhalte nach ungiltig. Erlangt indeß der Testator noch vor seinem Tode den verlornen status wieder, so erhält es der Prätor aufrecht und ertheilt aus demselben dem darin eingesetzten Erben die bonorum possessio secundum tabulas (*b*).

(*a*) Ulp. XXIII. §. 4. 5. — Gajus II. § 145. 146. — §. 4. 5. J. 2. 17. — fr. 6. §. 5. D. 28. 3. — const. 29. C. 6. 42. — Huebner disputt. iur. civ. Lib. 1. c. 2. — Mühlenbruch Th. 39. §. 1433.

(*aa*) Nur im Falle der feindlichen Gefangenschaft (§. 120.) treten Ausnahmen ein. Erlangt nämlich der Gefangene durch postliminium die Freiheit wieder, so lebt mit allen seinen übrigen Rechtsverhältnissen von jeher auch sein Testament wieder auf, und stirbt er in der Gefangenschaft, so wird er nach einer lex Cornelia von Sulla beerbt, wie wenn er in dem letzten Augenblicke seiner Freiheit gestorben wäre. fr. 32. §. 1. D. 28. 5. — fr. 19. pr. fr. 22. D. 49. 15. — Mühlenbruch a. a. O. S. 23 ff. — C. F. Hase über das ius postliminii und die fictio legis Corneliae. Halle 1851.

(*b*) §. 6. J. ibid. — fr. 12. pr. D. 28. 3. War jedoch das Testament durch eine minima capitis deminutio des Testators irritum geworden, so wird es, wenn der Testator nachher wieder sui iuris wird, nur dann aufrecht erhalten, wenn derselbe in einem Codicille oder in einer andern Urkunde erklärt hat, daß es gelten solle. fr. 11. §. 2. D. 37. 11. — Marezoll im Archiv für civ. Praxis B. 7. S. 264. — Mühlenbruch a. a. O. S. 26 ff. — Fehlt es an einer solchen Erklärung, so soll nach der neuesten Ansicht die B. P. secundum tabulas dennoch deferirt, aber sine re sein, wenn es nicht entweder an einem legitimus heres fehlt oder dieser selbst eingesetzt ist. Ulp. XXIII. 6. XXVIII. 13. — fr. 12. pr. D. 28. 3. So v. Vangerow 6. Aufl. §. 458.

§. 675.

B. Testamentum destitutum.

B. Wenn der im Testamente eingesetzte Erbe nicht Erbe werden will, oder nicht Erbe werden kann, weil er nach der Erbeinsetzung unfähig wird, oder die Bedingung derselben nicht eintritt, so wird das Testament destitutum, vorausgesetzt, daß kein Miterbe oder kein Substitut vorhanden ist, der an die Stelle des Wegfallenden tritt, und die Folge davon ist, daß ein solches Testament seinem ganzen Inhalte nach ungiltig wird (*a*). Jedoch steht es dem im Testamente eingesetzten Intestaterben nach einer Vorschrift des prätorischen Edictes nicht frei, um die Ungiltigkeit der Legate zu bewirken, die Erbschaft ex testamento auszuschlagen und sie dann ab intestato anzutreten, es wäre denn, daß der Testator ihm dieß ausdrücklich erlaubt hätte (*b*).

(*a*) fr. 181. D. 50. 17. „Si nemo subiit hereditatem, omnis vis testamenti solvitur." pr. §. 7. J. 3. 1. — fr. 9. D. 26. 2. — Car. Frid. Zepernick Diss. I. II. de testamenti destituti viribus. Halae 1773. 74. — Mühlenbruch a. a. O. §. 1433 a. Dieß ist auch nicht geändert durch Nov. 1. c. 1. c. 2. §. 2. — A. M. Zepernick l. c. — Löhr im Arch. für civ. Pr. B. 5. S. 385. — G. E. Heimbach in Linde's und Marezoll's Zeitschr. B. 13. S. 369 ff. S. aber: Francke Beitr. B. 1. S. 148. §. 7. — Mühlenbruch a. a. O. S. 54 ff. — v. Vangerow §. 459.

(*b*) fr. 1. pr. fr. 6. §. 1. 3. D. 29. 4. — Cod. 6. 39. — Mühlenbruch Th. 43. §. 1504. Ueber eine andere Modification der Regel zu Gunsten des fideicommissarius heres s. unten §. 731 und 732.

§. 676.

C. Testamentum ruptum. 1. Durch einen Notherben.

C. Wenn das Testament ruptum wird. Dieß kann auf zweifache Art geschehen: 1. Wenn der Testator nach Errichtung desselben, es sei durch eheliche Erzeugung, oder durch Legitimation, oder durch Adoption, oder dadurch, daß Jemand, der bisher nur mittelbar in seiner väterlichen Gewalt stand, jetzt unmittelbar derselben unterworfen wird, noch einen suus bekommt, der im Testamente weder gehörig instituirt, noch gehörig exheredirt ist (testamentum ruptum per agnationem postumi sui praeteriti) (*a*). Durch eine solche Ruption wird das Testament immer seinem ganzen Inhalte nach ungiltig (*b*) und bleibt nach dem Civilrechte für immer ungiltig, selbst dann, wenn der postumus noch vor dem Tode des Testators sterben oder aufhören sollte, dessen Notherbe zu sein. Der Prätor ertheilt indeß in diesem Falle dem darin eingesetzten Erben die bonorum possessio secundum tabulas (*c*). Etwas Aehnliches tritt nach dem Nullitätssysteme (§. 661.) alsdann ein, wenn der Testator nach der giltigen Errichtung des Testamentes

noch einen Notherben erhält, auf den die Rücksicht nicht genommen ist, welche die Nov. 115 vorschreibt. Hier fällt jedoch das Testament nicht seinem ganzen Inhalte nach zusammen, sondern nur seine Verfügungen über die directe Erbfolge.

(*a*) Gajus II. §. 138—145 und Gans Scholien dazu S. 296. — Ulp. XXIII. §. 2. 3. — §. 1. J. 2. 17. — §. 1. 2. J. 2. 13. — §. 2. J. 3. 1. — fr. 3. §. 3. D. 28. 3. — const. 4. C. 6. 29. — Das Testament eines Soldaten wird übrigens aus dem oben §. 673. Not. *e*. angegebenen Grunde durch einen postumus nicht rumpirt. fr. 7. 8. D. 29. 1.

(*b*) §. 1. J. 2. 13. Wie weit dieses auch nach der Nov. 115 der Fall ist, das hängt von der oben im §. 661 am E. erwähnten Streitfrage ab.

(*c*) fr. 12. pr. D. 28. 3.

§. 677.

2. Durch Willensänderung des Testators.

2. Wenn der Testator seinen Willen ändert, was ihm zu jeder Zeit frei steht (*a*). Dieß kann geschehen (*aa*): a) durch einen bloßen Widerruf des Testaments, ohne daß er dasselbe vernichtet oder ein neues macht. Ein solcher bloßer Widerruf ist jedoch nur dann wirksam, wenn er vor wenigstens drei Zeugen, oder vor Gericht erklärt wird und ein Zeitraum von 10 Jahren seit Errichtung des Testaments entweder schon abgelaufen ist, oder bis zum Tode des Testators noch abläuft (*b*); b) durch absichtliche Vernichtung des Testaments, wobei aber immer nur dasjenige ungiltig wird, was vertilgt und ausgelöscht wird (*c*); c) durch Errichtung eines neuen Testaments (*d*). Durch dieses wird das erste von Rechtswegen aufgehoben, wenn dieß im zweiten auch nicht ausdrücklich erklärt sein sollte (*e*); nur wird vorausgesetzt, daß das spätere zu Recht beständig ist (*f*), und wenn es dann in der Folge vom Testator, in der Absicht, das erstere gelten zu lassen, auch wieder vernichtet werden sollte, so bleibt zwar das erstere nach der Strenge des Civilrechts ungiltig, allein der Prätor ertheilt aus demselben dem darin eingesetzten Erben die bonorum possessio secundum tabulas (*g*).

(*a*) fr. 4. D. 34. 4. — „Ambulatoria enim est voluntas defuncti usque ad vitae supremum exitum." — Pet. Greve Diss. de mutatione et revocatione testamenti tam quoad modum quam quoad effectum. Gött. 1789. — Mühlenbruch Comment. Th. 38. §. 1428—1431. Th. 39. §. 1434—1435.

(*aa*) Ursprünglich konnte ein giltig errichtetes Testament nur durch Errichtung eines neuen widerrufen werden; in der mittleren Zeit wurde auch der Widerruf durch physische Vernichtung des schriftlichen Testamentes zugelassen und von Justinian endlich die bloße s. g. revocatio verbalis, jedoch nur unter den besondern Voraussetzungen, die unter *a*. angegeben sind. Der Ausdruck rumpi kommt in den Quellen für die beiden letzteren Arten des Widerrufs nicht vor.

(*b*) Honorius hatte in der const. 6. C. Theod. 4. 4. verordnet, jedes Testament solle ungiltig werden, wenn der Testator nach seiner Errichtung noch zehn Jahre lebt. Dieses änderte Justinian auf die angegebene Weise in const. 27. C. 6. 23. vergl. §. 7. J. 2. 17. — Sammet Hermeneutik S. 193. — Weber zu Höpfner §. 518. Note 6. — Huebner Disp. iur. civ. Lib. 1. c. 1. — Mühlenbruch Th. 38. §. 1429. A. M. sind wegen fr. 35. D. 50. 17: Rodatz Diss. de revocatione testamenti verbali. Gött. 1810. — Schweppe Pand. §. 869. — Ueber die Aufhebung eines testamentum parentum inter liberos s. man v. Bülow Abhandl. Th. 2. S. 123.

(*c*) Dig. 28. 4. — const. 30. C. 6. 23. — Mühlenbruch Th. 39. §. 1434—1435. Streitig ist es, ob die Vermächtnisse im Zweifel giltig bleiben, wenn die directen Erb-Einsetzungen sämmtlich gestrichen sind. Ueber ein zufällig vernichtetes oder verloren gegangenes Testament s. m.: fr. 1. §. 3. D. ibid. — fr. 1. §. 3. 7. D. 37. 11. — fr. un. D. 37. 2. — const. 11. C. 6. 23.

(*d*) Gajus II. §. 144. — §. 2. J. 2. 17. — fr. 2. D. 28. 3. — Mühlenbruch Th. 38. §. 1430—1431. Hat der Testator im zweiten Testamente erklärt, daß auch das erste gelten solle, so wird dieses als Fideicommiß aufrecht erhalten. §. 3. J. 2. 17. — fr. 12. §. 1. D. 28. 3.

(*e*) Ausgenommen beim Soldaten, qui cum pluribus testamentis decedere potest, wo alsdann die in mehreren Testamenten eingesetzten Erben als Miterben zu behandeln sind. fr. 19. pr. D. 29. 1.

(*f*) Gajus II. §. 144. — §. 7. J. 2. 17. — fr. 2. D. 28. 3. — const. 21. §. 3. C. 6. 23. Ausgenommen, wenn Jemand in einem frühern vollkommenen Testamente seine Intestaterben ausgeschlossen und diese in einem spätern, aber nach seiner äußern Form unvollkommenen Testamente eingesetzt hat, wo dieses letztere zwar nicht als Testament, aber doch als ultima voluntas intestati gelten und das frühere Testament aufheben soll, wenn wenigstens fünf Zeugen eidliches Zeugniß darüber ablegen. const. 21. §. 3 cit. — A. F. Schott Diss. ad orationem Pertinacis de testam. post. imperf. prius perfectum haud infirmante. Lips. 1765. — Marezoll in Löhr's Mag. B. 4. (2.) S. 173. — v. Vangerow §. 460. Uebrigens sind die Ansichten über das s. g. testamentum posterius imperfectum sehr verschieden. S. namentlich: Mühlenbruch a. a. O. S. 364 ff. Th. 42. §. 1473. — Roßhirt testament. Erbr. §. 88.

(*g*) fr. 11. §. 2. D. 37. 11. — Mühlenbruch Th. 38. §. 1431. S. 478 ff. Vergl. v. Vangerow 6. Aufl. §. 458. u. 460.

§. 678.

III. Testamentum rescissum.

Zu erwähnen ist auch noch der Fall, wenn ein giltig errichtetes und giltig gebliebenes Testament mit der querela inofficiosi testamenti angefochten und durch richterliches Erkenntniß aufgehoben wird, in welchem Falle es rescissum heißt. Davon ist bereits oben §. 662—666. gehandelt worden.

§. 679.

Allgemeine Folge der Ungiltigkeit der Testamente.

In allen Fällen, wo ein Testament entweder von Anfang an ungiltig ist, oder in der Folge ungiltig wird, oder nach einem richterlichen Erkenntniß als ungiltig zu behandeln ist, tritt, vorausgesetzt, daß es nicht etwa durch eine bonorum possessio secundum tabulas aufrecht erhalten wird, der Regel nach die reine Intestaterbfolge ein (*a*). Doch kann bei einem inofficiösen Testamente, wenn dieses nur zum Theil rescindirt wird, auch eine gemischte Erbfolge, d. h. zum Theil die testamentarische, zum Theil die Intestaterbfolge, eintreten (§. 665.).

(*a*) pr. J. 3. 1. — §. 6. J. 3. 2.

Dritter Abschnitt.

Von der Erwerbung der Erbschaft.

Quellen: Gajus II. §. 152—173. — Ulp. XXII. §. 24—34. — Inst. 2. 19. — Dig. 29. 2. Cod. 6. 30.

Literatur: Donelli comm. iur. civ. lib. 7. cap. 1—13. — Jos. Finestres et de Monsalvo Prael. ad tit. Dig. de acquirenda vel omittenda hereditate. In prael.

Cervar. p. 226. — E. Chr. Westphal system. Comm. über die Gesetze von Vorlegung und Eröffnung der Testamente, Annehmung und Ablehnung der Erbschaft, den Rechten und Pflichten des Erben, auch dessen possessorischen und petitorischen Rechtsmitteln. Leipz. 1794. — Mühlenbruch Comm. §. 1487—1503. Th. 42. S. 289. — Th. 43. S. 448.

Erstes Kapitel.

Von der Erwerbung überhaupt.

§. 680.

Arten der Erwerbung.

Jeder Erwerb der Erbschaft setzt eine Delation derselben voraus (§. 609) (*a*). Wenn aber eine Erbschaft deferirt ist, gleichviel ob ex testamento oder ab intestato, so ist in Ansehung des Erwerbs derselben folgender Unterschied: 1. Wenn sie nach Civilrecht deferirt worden ist (hereditas im engern Sinne, §. 612.), so ist der Erwerb derselben einigen Personen unvermeidlich, d. h. sie müssen nothwendig Erben werden und werden es deshalb auch ipso iure im Augenblicke der Delation, selbst wenn sie nichts davon wissen; bei anderen Personen hängt es dagegen von ihrer Willkühr ab, ob sie dieselbe erwerben wollen, und sie erwerben daher dieselbe auch erst durch ihre ausdrückliche oder stillschweigende Willenserklärung (*b*). 2. Das prätorische Erbrecht (bonorum possessio) wird nie ipso iure, sondern immer erst durch die agnitio bonorum possessionis bei Gericht erworben, und selbst diejenigen Personen, welche nach Civilrecht ipso iure Erben werden, müssen die bonorum possessio agnosciren, wenn sie die Vortheile derselben erlangen wollen (§. 612.) (*c*).

(*a*) Der Tod des Erblassers muß daher bewiesen sein. fr. 19 D. 29. 2. Bei einem Verschollenen wird er jedoch heut zu Tage unter gewissen Voraussetzungen vermuthet. (S. oben §. 141.)

(*b*) Inst. 2. 19. Dies ist die hereditatis aditio im weitern Sinne. Vergl. §. 683 Note *a*.

(*c*) fr. 3. §. 3. D. 37. 1.

§. 681.

I. Nothwendiger Erwerb nach Civilrecht (*).

Zu denjenigen Personen, welche eine ihnen nach Civilrecht deferirte Erbschaft nothwendig erwerben müssen und dieselbe daher auch ipso iure im Augenblicke der Delation erwerben, gehören nach Röm. Rechte: 1. die eigenen Sclaven des Erblassers, wenn sie von diesem zu Erben eingesetzt sind. Diese heißen necessarii heredes und werden im Augenblick des Todes ihres Herrn von Rechtswegen frei und Erben desselben (*a*). 2. Die sui heredes des Erblassers. Auch diesen ist der Erwerb der Erbschaft nach Civilrecht unvermeidlich, ohne Unterschied, ob sie ex testamento oder ab intestato gerufen sind (*b*). Zum Unterschiede von den servis necessariis heißen sie sui et necessarii heredes (*c*). Diesen suis et necessariis, nicht aber auch den bloßen necessariis (*cc*), ertheilte indeß der Prätor die potestas abstinendi, d. h. das Recht, sich von der väterlichen Erbschaft loszusagen. Der suus, welcher Gebrauch davon macht, hört darum nicht auf heres zu sein, was er im Augenblicke der Delation der hereditas ipso iure geworden ist, quia semel heres semper heres manet; aber der Prätor fingirt, daß er nicht Erbe sei (*d*),

und die Wirkung dieser Fiction besteht darin, daß die Erwerbung der Erbschaft für ihn keine weiteren Folgen hat, weder zu seinem Vortheile, noch zu seinem Nachtheile. Er haftet daher auch nicht für die Schulden und Legate, aber das Testament wird auch nicht destitut, wenn er auch abstinirt (*e*). Von diesem ius abstinendi kann indeß der suus nur so lange Gebrauch machen, als er sich noch nicht in die Erbschaft immiscirt und Nichts aus derselben entwendet hat (*f*).

(*) Donelli comm. iur. civ. Lib. 7. c. 1. 2. — Mühlenbruch Th. 42. §. 1487 bis 1490.

(*a*) Gajus II. §. 153. 154. — Ulp. XXII. §. 11. — §. 1. J. 2. 19., wo auch der Grund der häufigen Einsetzung eigener Sclaven angegeben wird. S. auch §. 651 Note *b*.

(*b*) fr. 14. D. 38. 16. Besonders fr. 11. D. 28. 2. — Gajus II. §. 157. — Ulp. XXII. §. 24. — Eben deshalb aber, weil auf ihren Willen nichts ankommt, erwerben sie die Erbschaft selbst dann, wenn sie auch infantes oder furiosi sein sollten. §. 2. 3. 8. J. 3. 1. — const. 7. §. 2. C. 5. 70. — Wenn indeß ein heres necessarius unter der Bedingung „si volet" instituirt ist, so erwirbt er die Erbschaft erst durch seine Willenserklärung. fr. 12. D. 28. 7. — fr. 86. D. 28. 5.

(*c*) Sui heredes (s. oben §. 659. Note *d*.) heißen aber in Beziehung auf den nothwendigen Erwerb der Erbschaft alle diejenigen, die sich bis zum Tode des Erblassers in dessen Gewalt befanden oder später unter Umständen geboren werden, unter welchen sie, wenn er noch lebte, in seine Gewalt kommen würden, ohne Unterschied, ob unmittelbar oder mittelbar, sobald ihnen nur im letzten Falle die Erbschaft wirklich deferirt wird. — Gajus II. §. 156. — Ulp. XXII. §. 24. — §. 2. J. 2. 19. — fr. 6. §. 5. D. 29. 2. — fr. 1. §. 8. D. 38. 16. — fr. 7. D. 38. 6. — Löhr im Arch. für civ. Praxis B. 2. S. 198. A. M. sind: F. L. A. de Lassberg Comm. exhib. observat. ad ius sui heredis praesertim ratione nepotis. Jenae 1821. und Mühlenbruch in der Forts. von Glück's Comm. Th. 36. S. 140. vergl. Th. 42. S. 295.

(*cc*) Diese brauchen aber die Schulden des Erblassers nicht aus ihrem eigenen, später erworbenen Vermögen zu bezahlen. §. 1. J. 2. 19. — So lange das manicipium vorkam, stand derjenige, welchen der Erblasser darin hatte, wenn er cum libertate zum Erben eingesetzt war, in Beziehung auf die abstinendi facultas dem filiusfamilias und der in manu befindlichen Ehefrau gleich. Gajus II. §. 160.

(*d*) fr. 12. pr. D. 11. 1. — „Praetor eum, qui abstinuit, non habet heredis loco."

(*e*) Gajus. II. §. 158—163. — Ulp. XXII. §. 24. — fr. 57. D. 29. 2. — fr. 30. §. 10. D. 40. 5. — „non est sine herede, qui suum heredem habet licet abstinentem se." Vergl. fr. 9. D. 37. 7. — fr. 44. D. 42. 1. — fr. 27. §. 3. D. 36. 1. — fr. 12. D. 28. 6. — Vinnii sel. quaest. lib. 2. c. 23. — Ge. Ludw. Boehmer electa iur. civ. T. 1. pag. 94. — Jo. Chph. Koch Diss. de liberis suis heredibus ad probationem abstentionis non obtigatis. Giess. 1766. — van Goethem Diss. de suo herede. Lugd. 1786.

(*f*) fr. 71. §. 3—8. fr. 91. D. 29. 2. Die Unmündigen konnten indeß selbst dann noch von diesem Rechte Gebrauch machen, wenn sie sich auch in die Erbschaft immiscirt hatten, und der Mündige erlangte in diesem Falle leicht Restitution. fr. 11. 12. 57. D. 29. 2. vergl. mit §. 5. J. 2. 19. — Gajus II. §. 163. — Den Beweis der Immixtion muß übrigens derjenige führen, welcher dieselbe behauptet und den suis deshalb das ius abstinendi bestreitet. Berg jur. Beob. und Rechtsfälle Th. 2. Nr. 9. — Quistorp rechtl. Bemerk. Th. 1. Nr. 4. — Weber von der Beweisführung S. 269. — Borst von der Beweislast §. 53. 54. — Mühlenbruch a. a. O. §. 1490.

§. 682.

II. Freiwilliger Erwerb durch Antretung (*).

Alle andere Erben, die nicht necessarii heredes sind, erwerben eine ihnen angefallene Erbschaft nicht von Rechtswegen, sondern erst durch die

Antretung derselben, d. h. durch die Erklärung, daß sie dieselbe annehmen wollen (*a*). Dagegen steht es ihnen aber auch schlechthin frei, ob sie die Erbschaft annehmen oder ausschlagen wollen (*b*). Deshalb heißen sie voluntarii heredes (*c*), und insofern sie den suis heredibus entgegengesetzt werden, extranei heredes (*d*).

(*) Donelli comm. iur. civ. Lib. 7. c. 3. — Mühlenbruch Comment. Th. 43. §. 1491—1492.

(*a*) Diese mußte bei der hereditas immer von dem Gerufenen selbst vorgenommen werden. fr. 90. pr. D. 29. 2. — const. 5. C. 6. 30. Bei der Bonor. Poss. waren dagegen auch Stellvertreter zulässig. fr. 3. §. 7. D. 37. 1. — Vergl. Heise und Cropp jurist. Abh. B. 2. Nr. 5.

(*b*) §. 5. J. 2. 19. — Jo. Casp. Goethe electa de aditione hereditatis ex iure Romano et patrio. Giess. 1783.

(*c*) fr. 15. 16. D. 29. 2. — fr. 3. §. 3. D. 28. 5. So wurde auch ein suus et necessarius dadurch, daß er vom Erblasser unter der Bedingung „si volet" eingesetzt war, ein heres voluntarius. fr. 86. D. ibid. — fr. 12. D. 28. 7. (§. 681. Note *b*.)

(*d*) Gajus II. §. 161. — §. 3. J. 2. 19. Vergl. §. 26. J. 2. 20. — §. 7. J. 3. 1.

§. 683.

A. Begriff und Arten der Antretung.

Die Antretung der Erbschaft besteht in der Erklärung des Erben, daß er die ihm angefallene Erbschaft annehmen wolle (*). Diese Erklärung kann sowohl ausdrücklich, als stillschweigend erfolgen. 1. Geschieht sie ausdrücklich, so heißt sie beim Civil-Erbrechte aditio hereditatis (*a*), beim prätorischen Erbrechte agnitio bonorum possessionis (*b*). 2. Eine stillschweigende Erklärung läßt sich nur dann annehmen, wenn der Erbe solche Handlungen in Beziehung auf die Erbschaft vornimmt, die keine andere Auslegung zulassen, als daß er sie als Erbe vorgenommen habe und folglich auch Erbe sein wolle. Eine solche stillschweigende Erbschaftsantretung heißt alsdann pro herede gerere (*c*). Dagegen wird die Ausschlagung der Erbschaft, wenn sie ausdrücklich geschieht, repudiatio, wenn sie hingegen stillschweigend, besonders dadurch geschieht, daß der Erbe binnen gehöriger Zeit von seinem Rechte keinen Gebrauch macht, omissio hereditatis genannt (*d*). Der Erbe muß übrigens, wenn er die Erbschaft antreten will, dieselbe so annehmen, wie sie ihm deferirt worden ist, und es steht ihm nicht frei, sie unter einer Bedingung oder nur zum Theil anzunehmen (*e*). Hat er sie einmal ausgeschlagen, so kann er sie nachher nicht mehr antreten (*f*).

(*) Donelli comm. iur. civ. Lib. 7. c. 8. 9.

(*a*) fr. 45. pr. D. 29. 2. — fr. 95. §. 2. D. 26. 3. — Ueber das alte cernere und die ehemalige Einsetzung cum cretione, welche von Theodosius durch const. 17. C. 6. 30. abgeschafft ist, sehe man Gajus II. §. 164—178. — Ulp. XXII. §. 25 — 34. — Hugo Rechtsgesch. S. 566 ff.

(*b*) Diese kann nur vor der Obrigkeit (§. 612.) geschehen und nur innerhalb der im prätorischen Edicte vorgeschriebenen Frist, die bei Descendenten und Ascendenten in einem annus utilis und bei andern Personen in 100 dies utiles besteht. §. 4. in f. — 7. J. 3. 9. (10.) — Dig. 38. tit. 9. 15. Dagegen braucht der Gerufene sie nicht nothwendig in eigener Person vorzunehmen (§. 682. Note *a*.) und seit Constantin's Söhnen kann sie auch schon intra alienam vicem und vor jedem Civilgericht giltig erfolgen. const. 9. C. 6. 9.

(c) §. 7. J. 2. 19. — fr. 20. 88. D. 29. 2. — const. 2. C. 6. 30. Sie dient aber nur zur Erwerbung der deferirten hereditas; bonorum possessor kann man nur durch die beschriebene agnitio, also nur durch ausdrückliche Erklärung, werden.

(d) fr. 95. D. 29. 2. — fr. 1. §. 4. D. 36. 4. — Cod. 6. 31.

(e) fr. 1. fr. 2. fr. 51. §. 2. fr. 52. §. 1. fr. 53. D. 29. 2. — Ge. Guil. Lud. Bechtold Diss. de hereditatis aditione conditionata. Giess. 1784.

(f) Gajus II. §. 169. — Ulp. XXII. §. 29. — §. 7. J. 2. 19.

§. 684.

B. Wer kann antreten und ausschlagen (*)?

Nur derjenige kann eine ihm deferirte Erbschaft allein antreten oder ausschlagen, welcher für seine Person unabhängig ist und zur Zeit der Antretung oder Ausschlagung Verstandesgebrauch und Dispositionsfreiheit hat. 1. Ein homo alieno iuri subiectus konnte eine ihm deferirte Erbschaft nach älterem Rechte nur auf Befehl desjenigen, in dessen ius er sich befand, antreten oder ausschlagen (*a*). Trat er sie an, so wurde sie ganz dem letzteren erworben (*b*). Bei dem zu einer Erbschaft gerufenen Sclaven gilt dieses auch noch nach dem neuesten Römischen Rechte (*bb*); ist dagegen ein filiusfamilias dazu gerufen, so ist in der Regel (*bbb*) die Einwilligung Beider, des Sohnes und des Vaters, zur Antretung wie zur Ausschlagung erforderlich (*c*); aber der Vater erwirbt, wenn die Antretung mit seiner Bewilligung erfolgt, jetzt nur noch den Niesbrauch an den Gütern, die sein Sohn geerbt hat, während die Proprietät diesem letztern zufällt (*d*). Diese Regel hat indeß noch folgende nähere Bestimmungen und Modificationen erhalten: a) Wenn der filiusfamilias zur Zeit der Delation noch infans ist, so kann zwar der Vater allein für ihn die Erbschaft antreten oder ausschlagen (*e*), der Sohn kann aber in dem einen, wie in dem andern Falle, wenn er älter geworden ist, gleichviel übrigens, ob er zu dieser Zeit von der väterlichen Gewalt befreit ist, oder nicht, Restitution gegen die väterliche Antretung oder Ausschlagung nachsuchen, wo alsdann im ersten Falle die Erbschaft ganz dem Vater zur Last bleibt, im zweiten Falle hingegen ganz dem Sohne zufällt, ohne daß der Vater jetzt den Niesbrauch davon verlangen könnte (*f*). Sollte dagegen der Sohn in infantia sterben, ehe der Vater sich erklärt hat, so kann dieser die Erbschaft noch immer für sich antreten (*g*). b) Wenn der filiusfamilias zur Zeit der Delation infantia maior ist und sich weigert, die Erbschaft anzutreten, so kann der Vater sie für sich selbst auf seine alleinige Gefahr annehmen, und der Sohn hat dann keine Rechte daran; weigert sich dagegen der Vater, seine Einwilligung zur Antretung zu geben, so kann der Sohn die Erbschaft für sich allein antreten, wo alsdann dem Vater der Niesbrauch nicht gebührt (§. 559. Nr. 1.); nur muß der Sohn in diesem Falle, wenn er noch minderjährig sein sollte, sich einen Curator zur Verwaltung der Erbschaft erbitten (*h*). 2. Ein Pupill kann in der Regel nur mit Auctorität des Tutors antreten und ausschlagen (*i*). Wenn er aber a) noch infans sein sollte, so kann der Tutor allein für ihn antreten (*k*). b) Ist der Pupill infantia maior und hat keinen Tutor, so kann er sich durch die Obrigkeit zur Antretung ermächtigen lassen (*l*). 3. Ein minor pubes kann nach Röm. Recht für sich allein eine Erbschaft antreten, ohne dazu der Einwilligung des Curators zu bedürfen (§. 594. 595.) (*ll*). Der prodigus dagegen bedarf dazu des consensus curatoris (*lll*). 4. Wenn einem furiosus eine Erbschaft deferirt wird, so ist zu unterscheiden: a) ist er

als necessarius heres gerufen, so erwirbt er die Erbschaft, weil es dabei auf seinen Willen gar nicht ankommt (*m*); b) in jedem andern Falle, wo ihm eine Erbschaft als voluntarius heres deferirt wird, kann weder er selbst sie antreten, noch sein Curator für ihn. Nach dem Justinianeischen Rechte ist hier auch nicht einmal Annahme der gewöhnlichen B. P. durch den Curator zulässig. Dagegen muß dieser eine einstweilige Bonorum Possessio für ihn, den Wahnsinnigen, nachsuchen und dann die Erbschaft, wie das übrige Vermögen des Wahnsinnigen, verwalten (*n*). Kommt alsdann der Wahnsinnige wieder zu Verstande, so kann und muß er sich erklären, ob er die Erbschaft behalten oder ausschlagen will. Stirbt er aber im Wahnsinne, oder schlägt er die Erbschaft ausdrücklich aus (*o*), so ist diese nun von demjenigen, der sie bisher verwaltet hat, an diejenigen herauszugeben, welche jetzt, wo es gewiß ist, daß der Wahnsinnige sie nicht erwirbt, die zunächst dazu Berufenen sind (*p*).

(*) Donelli comm. iur. civ. Lib. 7. c. 4–7. — Mühlenbruch a. a. O. §. 1492. S. 430 ff.

(*a*) fr. 6. pr. §. 1—4. fr. 8. §. 1. fr. 13. §. 3. fr. 36. D. 29. 2.

(*b*) §. 1. J. 2. 9. Vergl. oben §. 183. Not. *b*.

(*bb*) §. 3. J. ibid.

(*bbb*) Ausgenommen sind die Fälle, in welchen die Erbschaft dem filiusfamilias nach §. 557 ff. als ein freies Peculium deferirt wird.

(*c*) const. 4. const. 18. §. 4. C. 6. 30.

(*d*) const. 6. const. 8. §. 3. C. 6. 61.

(*e*) const. 18. pr. C. 6. 30. von Valentinian III. S. auch const. 3. C. 6. 9.

(*f*) const. 8. §. 6. C. 6. 61. von Justinian.

(*g*) const. 18. §. 1. C. 6. 30. Man nennt dieß jetzt die transmissio ex capite infantiae. S. unten §. 691.

(*h*) const. 8. pr. § 1. 2. 3. C. 6. 61. — Löhr im Arch. für die civ. Pr. B. 2. S. 196. — Marezoll ebendas. B. 8. S. 262.

(*i*) fr. 9. §. 3. D. 26. 8. — fr. 9. 49. D. 29. 2. Die B. P. kann jedoch der Tutor schon nach dem Pandektenrecht für ihn agnosciren, er mag infans oder infantia maior sein. fr. 11. D. 26. 8. — fr. 7. §. 1. fr. 11. D. 37. 1. — fr. 65. §. 3. D. 36. 1. S. auch const. 7. C. 6. 9.

(*k*) const. 18. §. 2. 3. C. 6. 30. von Valentinian III. Vergl. fr. 65. §. 3. cit.

(*l*) const. 5. 18. §. 4. C. 6. 30. Das Letztere gilt auch von der Annahme der B. P. const. 7. C. 6. 9.

(*ll*) Dies ist jedoch sehr streitig. Mühlenbruch a. a. O. S. 439. — Der Curator allein kann für den Minderjährigen wie für den prodigus höchstens die B. P. agnosciren. fr. 90. pr. D. 29. 2. — fr. 3. §. 7. D. 37. 1.

(*lll*) fr. 5. §. 1. D. 29. 2. vergl. mit fr. 8. pr. ibid. und fr. 6. D. 45. 1. Mühlenbruch a. a. O. S. 432.

(*m*) §. 3. J. 3. 1. — fr. 63. D. 29. 2. - const. 7. §. 2. C. 5. 70.

(*n*) const. 7. §. 3. C. 5. 70. -- Vergl. Dig. 37. 3. — Löhr im Arch. für die civil. Pr. B. 5. S. 115 ff. — Zimmern Grundr. des Erbrechts S. 77. — Mühlenbruch a. a. O. S. 445 ff.

(*o*) Ueber den Fall, wenn er sich nach eingetretener Genesung nicht erklärt, spricht sich das Gesetz nicht besonders aus. Mit Unrecht nimmt man gewöhnlich an, daß die Erbschaft dem Wahnsinnigen hier unwiderruflich erworben sei, Höpfner Comm. §. 543. Es ist aber auch kein Grund vorhanden, sie sofort für verloren anzusehen.

(*p*) const. 7. §. 8. 9. C. 5. 70. — G. B. Becmann Diss. de acquistione hereditatis dementi delatae. Gött. 1772. — G. L. Böhmer's Rechtsfälle B. 2. Resp. 131. Nr. 13. — C. G. C. Rotemund Diss. de successione furioso delata. Gött. 1825. (Darüber: C. G. Wächter in der Tüb. krit. Zeitschr. B. 2. S. 177.) — Heise u. Cropp jur. Abh. B. 2. Nr. 5. Eine Ausnahme behauptet: v. Vangerow im

Arch. für die civ. Pr. B. 30. Nr. 1. Dagegen s. aber: Fritz in Linde's Zeitschr. n. F. B. 4. Nr. 5. (wo die ganze const. 7. cit. ausführlich erläutert wird.)

§. 685 a.

C. Hereditas iacens.

So lange noch Niemand die Erbschaft erworben hat, heißt sie hereditas iacens, und diese stellt, vermöge einer rechtlichen Fiction, die Person des Verstorbenen vor (*a*). Davon ist es eine Folge, daß sie fähig ist, auf verschiedene Weise Etwas zu erwerben, oder zu verlieren, oder obligirt zu werden, aber nicht auf jede Weise und namentlich nicht auf eine Art, zu welcher eine eigene Handlung derjenigen Person erforderlich ist, welche erwerben, verlieren oder obligirt werden soll, es wäre denn, daß der Erblasser diese Handlung schon vorgenommen hätte (*b*). Zur Verwaltung derselben ist ein Curator zu bestellen (*c*). Jene Fiction hört auf, sobald der Erbe die Erbschaft antritt. Dagegen wird dieser nun so angesehen, als habe er dieselbe gleich im Augenblicke des Todes des Erblassers angenommen (*d*).

(*a*) fr. 34. D. 41. 1. „Hereditas non heredis personam, sed defuncti sustinet.“ §. 2. J. 2. 14. — pr. J. 3. 17. (18.) — fr. 31. §. 1. D. 28. 5. — fr. 13. §. 5. D. 43. 24. — fr. 1. pr. D. 1. 8.

(*b*) fr. 3. pr. §. 6. fr. 21. §. 1. D. 3. 5. — fr. 20. §. 3. fr. 25. §. 20. fr. 26. 27. §. 1. fr. 29. 30. 40. §. 1. 2. fr. 56. D. 5. 3. — fr. 43. D. 9. 2. — fr. 15. pr. D. 18. 2. — fr. 61. pr. D. 41. 1. — fr. 31. §. 5. fr. 40. fr. 44. §. 3. D. 41. 3. — fr. 13. §. 5. D. 43. 24. — fr. 77. D. 45. 1. — fr. 22. D. 46. 1. — fr. 24. D. 46. 3. — fr. 1. §. 15. D. 47. 4. — fr. 1. §. 6. D. 47. 10. — fr. 2. §. 1. fr. 6. D. 47. 19. — fr. 1. §. 15. D. 47. 4. — Ueber den Zweck und das Wesen dieser Fiction sind die Ansichten sehr verschieden. Vergl. namentlich: v. Savigny Syst. B. 2. S. 363 ff. — Büchel Erört. B. 2. H. 1. S. 11. — Mühlenbruch Comment. Th. 43. S. 41 ff. — Puchta Pand. §. 447. und Dessen Vorles. darüber. — Ihering Abh. N. 3. — v. Scheurl Beiträge B. 1. Nr. 1. — Th. Schirmer de trib. reg. jur. in hered. jac. observatis commentat. Vratisl. 1852. (Pagenstecher in der Heidelb. krit. Zeitschr. B. 1. S. 21 ff.) — Windscheid in der krit. Ueberschau. B. 1. S. 181 ff. — Kuntze die Oblig. und die Singularsucc. S. 376 ff. — C. F. A. Köppen die Erbsch. Berl. 1856. S. 25 ff. (Darüber: Kuntze in Schletter's krit. Jahrb. B. 3. S. 259 ff. — Vering in den Heidelb. Jahrb. 1851. Nr. 44 u. 45.) — Windscheid die actio des Röm. Civilr. S. 233 ff. — Unger in der krit. Ueberschau B. 6. S. 157 ff. — Vering Erbr. S. 65 ff. — Köppen Erbr. S. 200 ff. — Schirmer Erbr. S. 13 ff.

(*c*) fr. 1. §. 4 in fin. D. 50. 4. — fr. 22. §. 1. D. 42. 5. — Puchta Handb. der freiw. Gerichtsbarkeit. 2te Ausg. Th. 2. §. 215.

(*d*) fr. 54. D. 29. 2. — fr. 138. pr. fr. 193. D. 50. 17. — fr. 24. D. 46. 2. — Ueber diesen Punkt siehe außer den in der Note *a* citirten Schriften: Koeppen de vi quam retro exerceat aditio hereditatis. Jen. 1853. (Darüber Vering in den Heidelb. Jahrb. 1857. Nr. 45.)

§. 685 b.

D. Entziehung der Erbschaften und Legate wegen Unwürdigkeit.

Es gibt mehrere Fälle, in denen nach Vorschrift der Gesetze dem Erben oder Legatar das ihm Zugedachte wegen seiner Unwürdigkeit entzogen wird. In Fällen dieser Art, welche man Indignitäts-Fälle nennt, heißt es: heres vel legatarius capere non potest, oder ei eripitur. Das ereptitium oder ereptorium selbst fällt in einigen Fällen dem Fiscus, in andern Fällen andern Personen zu (*aa*). Die einzelnen Fälle (*aaa*) sind: I. Theils gemeinschaftliche für Erbschaften und Vermächtnisse, und zwar wird A. zu

Gunsten des Fiscus der Erbe oder Legatar als unwürdig behandelt: 1. wenn er den Erblasser tödtete, oder ihm nach dem Leben strebte (*b*); 2. wenn er das Testament als inofficiös oder verfälscht angefochten und den Proceß verloren hat (*c*); 3. wenn er heimlicherweise eine Auflage an einen incapax (s. g. fideicommissum tacitum, §. 727. Note *d.*) übernimmt (*d*); 4. wenn Jemand durch Zwang oder Betrug den Erblasser von der Errichtung oder Veränderung eines letzten Willens abhält, in welchem Falle dem Betrüger oder Zwingenden das dadurch Gewonnene entrissen wird (*e*); 5. wenn der Statthalter einer Provinz eine Provincialin oder der Vormund seine Pflegbefohlene gegen das gesetzliche Verbot heirathet, so wird dasjenige, was diese ihm hinterläßt, confiscirt (*f*); 6. wenn zwischen dem Erblasser und Honorirten eine aus einem andern Grunde, z. B. wegen Ehebruch oder Blutschande, verbotene Ehe bestand (*g*); 7. wenn der Honorirte dem Erblasser dessen status bestritt (*h*); 8. wenn der Honorirte die Erfüllung letztwilliger Dispositionen versäumte, insofern nicht andere Personen da sind, die dem Fiscus vorgehen (*i*); endlich 9. wird Alles confiscirt, was liederlichen und anrüchigen Frauenspersonen hinterlassen worden ist; doch gehen auch hier gewisse nahe Verwandte dem Fiscus vor (*k*). B. Anderen Personen, außer dem Fiscus, fällt das ereptitium zu: 1. wenn der Honorirte die ihm durch den letzten Willen des Verstorbenen übertragene Erziehung zu übernehmen verweigert, in welchem Falle die Miterben, Substituten, Intestaterben und bei Legaten der Onerirte das Entrissene erhalten (*l*). Dasselbe gilt 2. wenn der Honorirte die ihm aufgegebene Beerdigung unterläßt (*m*). 3. Excusirt sich der Honorirte von der ihm durch den letzten Willen übertragenen Vormundschaft, so geht die Erbschaft an die Substituten, Miterben oder Intestaterben, das Legat an den Mündel über (*n*). 4. Wenn der Honorirte den letztwilligen Auflagen nicht Folge leistet, so treten zunächst die übrigen Honorirten, nach ihnen die Intestaterben ein (*o*). II. Theils besondere für Erbschaften allein. A. Der Fiscus tritt ein: 1. wenn der Erbe versäumte, den Mord des Erblassers gerichtlich anzuklagen und zu verfolgen (*p*); 2. wenn derselbe bei Lebzeiten des Erblassers ohne dessen Zustimmung über die künftige Erbschaft Verträge geschlossen hat (*q*); 3. wenn der Erblasser den Namen des Erben absichtlich durchstrich, oder die Einsetzung durch ein sonst wegen Institution einer unfähigen Person ungiltiges Testament widerrief (*r*); 4. wenn der Erbe Etwas von der Erbschaft zum Nachtheil der Legatare verheimlichte oder entwendete, so erhält nicht er, sondern der Fiscus davon die Falcidia (*s*). B. Zu Gunsten anderer Personen wird der Erbe als unwürdig behandelt: 1. wenn er die Pflicht, einen Vormund für einen Pupillen zu erbitten, versäumte (*t*); 2. die Kirche des Geburtsorts eines Erblassers erhält dessen Erbschaft, wenn seine Testaments- oder Intestaterben ihn in feindlicher Gefangenschaft umkommen ließen (*u*); 3. der Verpfleger eines Wahnsinnigen tritt an die Stelle der Erben desselben, wenn diese, von ihm aufgefordert, sich des Erblassers nicht angenommen haben (*v*). III. Theils besondere für Legate. Zu Gunsten des Onerirten werden die Legatare als unwürdig behandelt: 1. wenn sie die ihnen vermachte Sache entwenden (*w*) und 2. wenn sie das Testament arglistig verborgen halten (*x*). Alle diese Indignitätsfälle sind von Justinian ausdrücklich bestätigt (*y*).

(*a*) Dig. 34. 9. — Cod. 6. 35. — Zimmern Grundriß des Erbrechts, im Anhange S. 78. — v. Wening-Ingenheim Lehrb. des Civilrechts B. 2. § 551. — Roßhirt Erbrecht §. 7. — v. Keller Grundr. §. 347.

(*aa*) fr. 15. pr. D. 29. 5 — fr. 2. §. 1. fr. 13. fr. 16. D. 34. 9. — const. 4. C. 6. 35. Die Klage, mittelst welcher der Fiscus und andere Personen ihr Ereptionsrecht wegen der einem Unwürdigen deferirten Erbschaft geltend machen können, ist die hereditatis petitio. S. darüber: Marezoll in s und Linde's Zeitschr. B. 1. S. 380.

(*aaa*) Keller bringt sie a. a. O. S. 390—416 unter folgende Rubriken: 1. Vergehungen des Erwerbers gegen die Person des Erblassers; 2. Handlungen gegen den letzten Willen; 3. formloser oder muthmaßlicher Widerwille des Erblassers; 4. rechtlich verworfener Wille des Erblassers.

(*b*) fr. 3. D. 34. 9. — fr. 7. §. 4. D. 48. 20. — const. 10. C. 6. 35. — fr. 9. D. 49. 14. — fr. 12. D. 48. 10. — C. F. Koch de bonis hereditatis heredi occisori tanquam indigno eripiendis. Lips 1778. — v. Keller a. a. O. S. 390.

(*c*) fr. 8. §. 14. fr. 22. §. 2. 3. D. 5. 2. — fr. 5. §. 1. 3. 5. 6. 16. D. 34. 9. — fr. 13. §. 9. fr. 29. §. 1. D. 49. 14. — v. Keller S. 393—396.

(*d*) fr. 10. D. 34. 9. — fr. 3. §. 4. D. 49. 14. — fr. 103. D. 30. — v. Keller S. 408 ff.

(*e*) fr. 1. pr. §. 2. fr. 2. pr. D. 29. 6. — Mühlenbruch Comm. Th. 43. §. 1507. 1508. (Ueber fr. 19. D. 34. 9. s. Denselben S. 482 ff. Vergl. Faber errores pragmat. Dec. 38. err. 4.) — v. Keller S. 392 und 393.

(*f*) fr. 2. §. 1. 2. D. 34. 9. Vergl. oben §. 511. Nr. 5 und 6. — v. Keller S. 406.

(*g*) fr. 13. D. 34. 9. — const 4. C. 5. 5. — v. Keller S. 406 u. 407.

(*h*) fr. 9. §. 2. D. 34. 9. — v. Keller S. 392.

(*i*) Nov. 1. c. 1. 4. — v. Keller S. 414. Nr. 3.

(*k*) fr. 13. 14. D. 34. 9. — fr. 41. §. 1. D. 29. 1. — const. 3. C. Th. 2. 19. — Marezoll in s. und Linde's Zeitschr. B. 1. S. 194. Es ist übrigens jetzt streitig, ob dies nach Justinianeischem Rechte noch ein Fall der Incapacität und ob es namentlich ein Fall der Indignität ist. Vergl.: v. Savigny Syst. B. 2. S. 558. — Arndts Pand. §. 492. Anm. 2. (s. auch oben §. 651 Note *a*.) — v. Keller a. a. O. S. 407.

(*l*) fr. 1. §. 3. D. 27. 2.

(*m*) fr. 12. §. 4. D. 11. 7.

(*n*) fr. 28. §. 1. D. 27. 1. — fr. 5. §. 2. D. 34. 9. Ueber das Legat vergl. jedoch v. Vangerow §. 565.

(*o*) S. oben Note *i*.

(*p*) Nach dem Scto Silaniano. fr. 9. fr. 15. D. 29. 5. — const. 1. 5—10. C. 6. 35.— H. Gollot d'Escury Diss. ad tit. Dig. de Scto Silaniano et Claudiano. Lugd. Bat. 1827. — Mühlenbruch Comment. Th. 43. §. 1505. 1506. — v. Keller S. 391 u. 392. Dem aus diesem Grunde unwürdigen Erben werden auch die ihm etwa zugedachten Vermächtnisse vom Fiscus entzogen. fr. 15. cit. §. 1.

(*q*) fr. 2. in fin. D. 34. 9. — fr. 29. §. ult. fr. 30. D. 39. 5. Vergl. const. 30. C. 2. 3. — Keller S. 392.

(*r*) fr. 12. fr. 16. §. 2. D. 34. 9. — const. 4. C. 6. 35. — v. Keller S. 400 u. 401.

(*s*) fr. 6. D. 34. 9. — v. Keller S. 400.

(*t*) S. oben §. 580. Note *c*. Dieses gilt von dem Intestaterben und dem Pupillarsubstituten. v. Keller, S. 414, zählt diesen Fall nicht zu den Indignitätsfällen.

(*u*) Dieses gilt auch von den vorher eingesetzten Testamentserben, wie von den Intestaterben. Nov. 115. c. 3. §. 13. c. 4. §. 7. — v. Keller S. 415.

(*v*) Ohne Unterschied zwischen Testaments- und Intestat-Erben. Nov. 115. c. 3. §. 12. Gewöhnlich stellt man auch die allgemeine Regel auf, daß Geschwistern, welche dem Erblasser nach dem Leben trachteten, oder gegen ihn eine Criminal-Anklage erhoben, oder ihn seines Vermögens zu berauben suchten, die Erbschaft zum Vortheile der übrigen Geschwister entzogen werde. Nov. 22. c. 47. pr. Allein dieses Gesetz lautet nicht so allgemein: Marezoll a. a. O. B. 4. S. 415. — Mühlenbruch Comment. Th. 36. S. 386 ff. Vergl. jedoch auch v. Vangerow a. a. O. Nicht die fragliche Regel, sondern nur die Behauptung, daß der Fall zu den Indignitätsfällen gehöre, bestreitet Keller S. 416.

(*w*) fr. 48. D. 36. 1. — const. 5. C. 6. 37. v. Vangerow a. a. O. will diese Stellen auch angewendet wissen, soweit der Betrag des Vermächtnisses von dem Legatar aus der Erbschaft entwendet worden ist.

(*x*) const. 25. C. 6. 37.

(*y*) const. un. §. 12. C. 6. 51. Diese Verfügung bezieht sich natürlich zunächst nur auf diejenigen, die nicht erst in den Novellen eingeführt sind.

§. 685 *c*.

E. Die ehemalige Caducität.

Nach derselben lex Iulia et Papia Poppaea (§. 37 Note *b*.), durch welche wahrscheinlich die ersten ereptoria eingeführt wurden, erlitten Erbeinsetzungen und Vermächtnisse häufig auch deswegen ein besonderes Schicksal, weil sie caduca oder in causa caduci waren (*a*). I. Nach der genannten lex soll A. caducum sein: 1. dasjenige, was einer Person, die gegen das Gesetz im Cölibat lebt, von einem Testator, der nicht zu ihren nahen Angehörigen gehört, zugedacht ist, wenn sie nicht in 100 Tagen noch heirathet (*b*); 2. die Hälfte von dem, was einer Person, die zwar nicht coelebs, aber gegen das Gesetz kinderlos, orbus, ist, von einem ihr fremden Testator zugedacht wird (*c*); 3. in der Regel dasjenige, was einem Ehegatten des Testators, mit welchem er kein noch lebendes Kind erzeugt hat, über gewisse Zehnttheile der Erbschaft hinaus zugedacht ist (*d*); 4. dasjenige, was giltig angeordnet war und nach dem Tode des Testators zusammenfiel, wobei zu bemerken ist, daß die lex die Delation bis zur Testamentseröffnung verschiebt (*e*). B. *In causa caduci* soll dasjenige sein, was giltig angeordnet ist und noch bei dem Leben des Testators zusammenfällt (*f*). C. Bei Allem, was caducum oder in causa caduci ist, wird auf folgende Weise unterschieden: 1. Wird dadurch ein ganzes Testament destituirt, so tritt nichts Besonderes ein. 2. In den übrigen Fällen werden, wenn kein Substitut vorhanden ist, a) zunächst diejenigen eingesetzten Erben gerufen, die das ius antiquum in caducis haben, d. h. die Befugniß, die Erbportion vermöge des Accrescenzrechtes oder das Legat als Onerirte vermöge des Heimfallsrechtes nach den Regeln, wie sie vor der lex galten, in Anspruch zu nehmen; dieses ius antiquum hatten aber nur die Ascendenten und Descendenten des Erblassers bis zum dritten Grade (*g*). b. Wenn Niemand dieses hatte, so kam es zu dem caduca vindicare. Dazu wurden zunächst ii, qui in eo testamento liberos habent (*gg*), in einer gewissen Reihenfolge (*ggg*) nach einander gerufen, und nach ihnen das Aerarium. Wer caduca vindicirte, mußte auch die Last übernehmen, welche der Erblasser auf die Erbportion oder auf das Vermächtniß gelegt hatte (*h*). II. Seit der lex Iunia Norbana (§. 120.) wird das, was einem latinus Iunianus hinterlassen ist, so behandelt, wie dasjenige, was einem coelebs hinterlassen ist, wenn nicht der Bedachte noch in 100 Tagen das ius Quiritium erlangt (*i*). III. Nach einer Verordnung von Antoninus Caracalla hat anstatt des Aerariums der kaiserliche Fiscus caduca zu vindiciren (*k*). IV. Unter den christlichen Kaisern kam die Caducität nach und nach wieder ganz ab. Constantin schaffte nämlich die Strafen des Cölibates und der Orbität ab (*l*). Theodos II. hob die Bestimmungen über die decimae bei Ehegatten auf und gab Allen das ius liberorum, so daß nun die noch vorkommenden caduca von den im Testament Bedachten vindicirt werden konnten, wenn sie auch keine Kinder hatten (*m*). Unter Justinian fiel die latina libertas hinweg (*n*). Auch das, was giltig angeordnet ist und nachher zusammenfällt, soll nicht mehr nach den Regeln der Caducität behandelt werden. Nähere Vorschriften gibt eine Constitution vom Jahre 534 (*o*), nach welcher auch die Delation der testa-

mentarischen Erbfolge und der Vermächtnisse nicht mehr bis zur Testamentseröffnung verschoben sein soll (*p*).

(*a*) S. die §. 697. Note *a*. und §. 715. Note *a*. angeführte Literatur (besonders die Erörterungen von Rudorff und Schneider), ferner Danz Lehrb. B. 2. S. 71 ff. S. auch Walter RG. §. 346. 640. 685—687.

(*b*) Gaj. II. §. 111. 144. 286. — Ulp. XIV. XVII. §. 1. — XXII. §. 3.

(*c*) Gaj. II. §. 286. Vielleicht auch nur die Hälfte von demjenigen, was einer Person zugedacht wurde, die gegenwärtig gegen das Gesetz im Cölibat lebte, aber nicht kinderlos war (solitarius pater). Ulp. XIII. (de coelibe, orbo et solitario patr.)

(*d*) Ulp. XV. XVI. §. 1. Die Vorschriften unter 1—3 bezogen sich ursprünglich nur auf Erbschaften und Legate, sie wurden aber durch ein besonderes SCtum auf die mortis causa donationes ausgedehnt, fr. 9. D. 39. 6, und durch das SCtum Pegasianum auch auf die Fideicommisse, Gaj. II. §. 286.

(*e*) Gaj. II. §. 206. — Ulp. XXIV. §. 12. 13. 31. — const. un. §. 2. 5. C. 6. 51.

(*f*) const. un. cit. §. 4.

(*g*) Ulp. XVIII. — const. un. cit.

(*gg*) Mannspersonen, die in dem Testamente bedacht sind und leibliche Kinder haben, wie sie zu der B. P. unde liberi gerufen werden.

(*ggg*) In der Regel zuerst die directen Erben, bei Vermächtnissen aber die conjuncti, wenn sie auch nur verbis conjuncti sind.

(*h*) Gaj. II. §. 206. 207. 286. — Ulp. I. §. 21. XVII. §. 1. 3. — Fragm. de iure fisci §. 3.

(*i*) Gaj. I. §. 23. 24. II. §. 110. 275. — Ulp. XVII. §. 1. XXII. §. 3. XXV. §. 7. Diese Vorschrift, die sich ursprünglich nur auf Erbschaften und Legate bezog, wurde später auf mortis causa donationes ausgedehnt, aber nicht auf Fideicommisse. Gaj. II. §. 285. — Ulp. XXV. §. 7. — Vat. Fragm. §. 259.

(*k*) Ulp. XVII. §. 2. Das ius antiquum blieb jedenfalls in dem angegebenen Maße bestehen, bestritten ist es aber, ob auch das ius caduca vindicandi der patres unversehrt blieb, oder ob dieses erst später, etwa durch Maximus, wieder eingeführt wurde. Vergl. Rudorff S. 378 u. Schneider S. 186.

(*l*) const. 1. C. Th. 8. 16. — const. 1. C. 8. 58.

(*m*) const. 2. 3. C. Th. 8. 17. — const. 2. C. 8. 58. — const. 1. C. 8. 59.

(*n*) const. un. C. 7. 6.

(*o*) const. un. C. de caducis tollendis (6. 51.). Aufgehoben war dieser Rest des Institutes der Caducität schon früher. const. 2. §. 6. const. 3. §. 6. C. 1. 17.

(*p*) const. un. cit. §. 5.

Zweites Kapitel.

Von den Wirkungen der Erwerbung einer Erbschaft (*).

§. 686.

1. Im Allgemeinen. A. Repräsentation des Erblassers und Verpflichtung zur Erfüllung der von ihm getroffenen letztwilligen Verfügungen.

Die Wirkung der Erwerbung einer Erbschaft besteht im Allgemeinen darin, daß der Erbe 1. in Beziehung auf das Vermögen des Erblassers mit diesem als Eine Person angesehen wird. Hieraus folgt: das Vermögen des Erben und des Verstorbenen wird nunmehr als Ein Vermögen angesehen (confusio bonorum defuncti et heredis) (*a*); der Erbe tritt in alle activen und passiven Vermögensverhältnisse des Erblassers, mit Ausnahme der höchst persönlichen, ein (*b*) und haftet daher auch für alle Schulden desselben (*c*), insofern sie nicht höchst persönlich sind, selbst wenn die Erbschaft nicht dazu hinreichen sollte (*d*). Der Erbe ist aber auch 2. verpflichtet, die letztwilligen

Dispositionen des Erblassers zu erfüllen und namentlich die ihm aufgelegten Legate und Fideicommisse zu präſtiren, jedoch nur insoweit, als die Erbschaft dazu nach Abzug der Schulden hinreicht (*e*). Diese Verpflichtung des Erben gegen die Legatare und Fideicommissare wird im Röm. Rechte als obligatio quasi ex contractu betrachtet (*f*).

(*) Mühlenbruch Comment. Th. 43. §. 1493 ff. — v. Keller Grundr. §. 316.

(*a*) fr. 75. fr 95. §. 2. D. 46. 3. A. M. ist, besonders wegen der hereditatis petitio: Puchta im Rhein. Museum B. 3. S. 302 ff. Desselben Pand. §. 446. S. aber: Mühlenbruch a. a. O. S. 100 ff.

(*b*) Nicht auch in den Besitz des Erblassers, den er immer selbst ergreifen muß. fr. 23. pr. D. 41. 2. A. M. ist: Pfeiffer prakt. Ausführungen B. 1. S. 202.

(*c*) Die Forderungen und Schulden an den Erben selbst hören natürlich auf und ebenso die dinglichen Rechte, welche der Erblasser an den Sachen des Erben oder der Erbe an den Sachen des Erblassers hatte. S. oben §. 292, 2. §. 299, 5. §. 302, B. §. 327, 2. §. 499.

(*d*) fr. 8. pr. D. 29. 2. — const. 10. const. 22 §. 12. 14. C. 6. 30. Der Soldat haftet für die Schulden, aber immer nur so weit das Vermögen reicht. const. 22. pr. § 15. ibid. — v. Keller a. a. O. S. 302 u. 306. — Eine andere Ausnahme von der Regel ist oben §. 681 Note *cc* erwähnt.

(*e*) fr. 23. in. fin. D. 42. 8. — fr. 17. D. 39. 6. — Wenn die Legate die Erbschaft übersteigen, so sind sie verhältnißmäßig zu verringern und der Erbe behält dabei das Recht auf die Falcidia. fr. 80. D. 30. und darüber: von Schirach im Arch. für die civ. Pr. B. 2. Nr. 26. Nach neuerem Rechte muß aber der Erbe, wenn er diese Vortheile erlangen will, ein gehöriges Inventarium errichten. Nov. 1. c. 2. §. 2. und darüber unten §. 689 a. E.

(*f*) §. 5. J. 3. 27. (28.) — fr. 5 §. 2. D. 44. 7. — fr. 3. §. ult. fr. 4. D. 42. 4. — Daß der Grund dieser Obligatio in der aditio hereditatis liege (§. 459.), wird bestritten von Holtius in der Thémis Tom. 7. p. 524. S. dagegen: van Assen in den Bydragen tot Regtsgeleerdheid T. 4. p. 177. und dagegen wieder: Holtius in Hugo's civ. Mag. B. 6. Nr. 17. S. auch Roßhirt Verm. B. 1. S. 501.

§. 687.

B. Mittel zur Abwendung der aus der Repräsentation des Erblassers entspringenden Nachtheile. 1. Für den Erben.

Da nun solchergestalt der Erwerb der Erbschaft, wenn diese verschuldet ist, dem Erben leicht nachtheilig werden kann, so sind ihm, um diese Gefahr von sich abzuwenden, zwei Mittel gestattet, das spatium deliberandi und das s. g. beneficium inventarii (*a*).

(*a*) Das gilt auch vom suus heres. fr. 8. D. 28. 8.

§. 688.

a. Durch das ius deliberandi.

Unter dem spatium deliberandi versteht man eine von der Obrigkeit demjenigen, der zu einer Erbschaft gerufen ist, auf seine Bitte gewährte Frist, innerhalb welcher er das Recht hat, den Bestand der Erbschaft zu untersuchen und zu überlegen, ob es rathsam sei, sie anzunehmen, oder sich davon loszusagen (*a*). Es ist durch das prätorische Edict eingeführt, Justinian hat es aber bei Einführung der Rechtswohlthat des Inventars mehreren Beschränkungen unterworfen. Von diesem Deliberationsrechte ist nun insbesondere Folgendes zu bemerken: 1. Wenn der Erbe von andern Erben (z. B. Miterben, Substituten, oder Intestaterben) oder von Erbschaftsgläubigern

gedrängt wird, sich über die Annahme oder Ausschlagung der Erbschaft zu erklären, so muß er sich entweder gleich erklären, oder um eine Deliberationsfrist bitten, die ihm alsdann nach Justinian's Verordnung ein- für allemal vom Regenten auf ein Jahr, vom Richter auf neun Monate, vom Tage der Gestattung an, zu bewilligen ist (*b*). Erklärt er sich alsdann vor Ablauf dieser Frist nicht, so wird nach Justinianeischem Rechte angenommen, daß er die Erbschaft angetreten habe (*c*). Stirbt er vor Ablauf der erbetenen Deliberationsfrist, so kommt der Rest derselben seinen Erben zu Statten, so daß diese sich nun immer noch über die Annahme oder Ausschlagung der Erbschaft erklären können. Lassen sie aber die Frist ohne Erklärung ablaufen, so erwerben auch sie die Erbschaft (*d*). 2. Wenn der Erbe nicht gedrängt wird, so hat er von Rechtswegen ein Jahr lang, vom Tage der ihm bekannt gewordenen Delation an, Zeit zur Ueberlegung, so daß, wenn er während dieses Jahres stirbt, ohne sich erklärt zu haben, es seinen Erben immer noch frei steht, die Erbschaft anzunehmen oder auszuschlagen. Läßt er aber das Jahr ablaufen, ohne sich erklärt zu haben, so tritt nun, wenn er vor der Erklärung stirbt, keine Transmission ein, es wäre denn, daß er vor Ablauf des Jahrs um eine weitere Deliberationsfrist nachgesucht hätte, wo die Transmission innerhalb dieser Frist noch stattfindet (*e*). Für ihn selbst geht jedoch, wenn er am Leben bleibt, die Erbschaft dadurch nicht verloren, daß er das Jahr ohne Erklärung ablaufen läßt. 3. Wenn übrigens der Erbe, nachdem ihm ein spatium deliberandi ertheilt worden ist, die Erbschaft annehmen zu wollen erklärt, so hat dies die Wirkung, daß er nun schlechthin für alle Schulden des Erblassers haftet, die Erbschaft mag dazu hinreichen oder nicht (*f*), und dasselbe gilt natürlich auch von dem, welcher, weil er sich zur bestimmten Zeit nicht erklärt, als Erbe angesehen wird.

(*a*) Dig. 28. 8. — Cod. 6. 30. — Jo. Chph. Koch de herede deliberante. Giess. 1783. — Thibaut Versuche B. 2. Nr. 7. — J. J. Ermerins Diss. ad iur. Rom. locum de iure deliberandi. Lugd. Bat. 1817. — v. Buchholtz in Linde's und Marezoll's Zeitschr. B. 10. Nr. 10. — v. Vangerow im Arch. für die civ. Pr. B. 22. Nr. 7. (Puchta in Richter's Jahrb. B. 7. S. 7 ff. Arndts ebendas. S. 17 ff.) — Mühlenbruch Comment. Th. 41. § 1466 ff.

(*b*) const. 22. §. 13. C. ibid. Vergl. fr. 3. 4. D. ibid.

(*c*) const. 22. cit. §. 14. Nach früherem Rechte ging die Erbschaft verloren. fr. 69. D. 29. 2.

(*d*) const. 19. C. 6. 30 und darüber besonders: Thibaut a. a. O. — Schöman Handb. des Civilr. B. 2. S. 343. — Unterholzner Verjährungslehre B. 2. §. 166. — v. Buchholtz jur. Abh. Nr. 2. S. 66. 78. — Mühlenbruch Th. 41. §. 1467 und besonders §. 1469. S. 399 ff. — v. Vangerow im Arch. für die civ. Pr. B. 24. Nr. 5. — Zachariä v. Lingenth. in Richter's krit. Jahrb. B. 20. S. 840. — Mühlenbruch Th. 43. S. 218 ff.

(*e*) const. 19. cit. Diese Transmission des deliberirenden Erben nennt man jetzt die transmissio Justinianea. S. unten §. 691.

(*f*) const. 22. §. 14. C. ibid.

§. 689 a.

b. Durch das beneficium inventarii.

Nach dem ältern Rechte mußte jeder Erbe, welcher wirklich Erbe geworden war, unbedingt für alle Schulden haften, wenn sie auch den Activ-Bestand des hinterlassenen Vermögens übersteigen sollten. Nur der Soldat machte eine Ausnahme, der immer nur insoweit, als das Vermögen zureichte,

verhaftet wurde (*a*). Was bis dahin nur Vorrecht des Soldaten war, wurde von Justinian einem jeden Erben eingeräumt, wenn er ein Inventar über die Erbschaft gehörig errichte (*b*). So viel nun A. die dabei zu beobachtende Form anbetrifft, so hat Justinian besonders Folgendes vorgeschrieben: 1. Der Erbe muß binnen 30 Tagen von Zeit der ihm bekannt gewordenen Eröffnung des Testaments oder des Anfalls der Erbschaft mit der Errichtung des Inventars den Anfang machen, und dieses muß in der Regel binnen 60 weiteren Tagen vollendet werden; nur wenn der Erbe abwesend ist, hat er im Ganzen ein von dem Todestage an zu berechnendes Jahr lang Zeit zur Aufnahme und Vollendung des Inventars. 2. Es muß bei Aufnahme des Inventars ein Notar zugezogen werden (*bb*). 3. Der Erbe muß das Inventar unterschreiben, dabei zugleich den Betrag der Activmasse angeben und erklären, daß er Alles getreulich angegeben, auch Nichts böswilligerweise auf die Seite geschafft habe oder schaffen werde; kann er nicht schreiben, so unterzeichnet er mit einem Kreuze, welches ein anderer Notar zu beglaubigen hat. Auch kann vom Erben der Eid gefordert werden, daß er im Inventar Alles getreulich aufgeführt habe. Sollte er Etwas unterschlagen haben, so muß er sich dieß doppelt anrechnen lassen (*c*). B. Die Wirkungen der Antretung der Erbschaft cum inventario sind folgende: 1. Der Erbe hört nicht auf Erbe zu sein, ist aber gegen allen Schaden gedeckt, indem er die Gläubiger und Legatare nur so weit, als die Erbschaft zureicht, zu befriedigen braucht; zu dem Ende muß er aber auch Alles zu Gelde machen oder in solutum geben (*cc*). 2. Während der Aufnahme des Inventars darf der Erbe von den Erbschaftsgläubigern und Legataren nicht gedrängt werden. Nach Vollendung desselben kann er die Gläubiger und Legatare in der Reihe, wie sie sich melden, befriedigen, ohne auf Pfandrechte und Privilegien Rücksicht zu nehmen, und nach erschöpfter Masse kann weder er selbst noch der Käufer der Erbschaftssachen weiter in Anspruch genommen werden (§. 328. Note *d*.) (*d*). 3. Alle nothwendigen Kosten für Begräbniß des Erblassers, Testamentseröffnung und Aufnahme des Inventars kann der Erbe vorweg abziehen. 4. Die eigenen Forderungen des Erben gegen den Erblasser werden als nicht confundirt behandelt, der Erbe kann sich daher, wie jeder andere Gläubiger, selbst und zuerst befriedigen; dagegen muß er aber auch das, was er dem Erblasser schuldig war, zur Masse bringen und zur Befriedigung der Gläubiger mit verwenden. 5. Wenn der Erbe die gesetzliche Frist zur Aufnahme des Inventars versäumt, so geht er der Vortheile desselben verlustig, und dasselbe ist der Fall, wenn er um eine Deliberationsfrist bittet; er muß also wählen, ob er ein Inventarium errichten oder eine Deliberationsfrist erbitten will (*e*). 6. Durch eine spätere Verordnung in Nov. 1. c. 2. §. 2. ist außerdem noch festgesetzt, daß der Erbe, welcher ohne Inventarium antritt, den Legatarien nicht nur die Falcidia nicht solle abziehen dürfen, sondern daß er ihnen ihre Legate vollständig auszahlen und nöthigenfalls aus eigenem Vermögen ergänzen soll (*f*).

(*a*) const. 22. pr. §. 15. C. 6. 30. S. oben §. 686. Note *c*.

(*b*) const. 22. C. 6. 30. — Nov. 1. cap. 1. 2. Ueber die ganze Lehre: Abrah. Rud. Wyss de beneficio inventarii. Heidelb. 1814. — v. Bülow und Hagemann prakt. Erörterungen B. 4. Nr. 62. 77. — Zimmern Grundriß des Erbrechts. S. 68. — v. Buchholtz in Linde's Zeitschr. B. 10. Nr. 10, besonders S 402 ff. — Mühlenbruch Comment. Th 41. §. 1468 ff. — v. Keller a. a. O. II. Ueber die Frage: ob durch die Einführung des beneficii inventarii das ius deliberandi

überflüssig geworden ist? Reichhelm Versuch einer Auslegung dunkeler Gesetze Nr. 6. S. 228. — Marezoll im Arch. für civ. Praxis B. 8. S. 268.

(*bb*) Es ist unrichtig, wenn man gewöhnlich sagt, nach Nov. 1. c. 2. §. 1. müsse der Erbe, um das beneficium inventarii zu erlangen, auch sämmtliche Interessenten, namentlich Creditoren, Legatare und Miterben, die an dem Orte anwesend sind, einladen und anstatt der abwesenden drei Zeugen zuziehen. Das Wahre ist, daß nach dem angeführten Gesetze der Erbe, dem Vermächtnisse aufgelegt sind, um den unter Nr. 6 angegebenen Nachtheilen zu entgehen, die Legatare, soweit sie anwesend sind, und anstatt der abwesenden drei Zeugen, zuziehen muß.

(*c*) Alle diese Vorschriften sind auch noch heut zu Tage zu beobachten. v. Berg jur. Beob. und Rechtsfälle. Th. 2. Nr. 11. — v. Bülow und Hagemann prakt. Erört. Th. 4. Nr. 77.

(*cc*) Zur Annahme einer in solutum datio kann man aber hier nicht mehr angehalten werden, als in anderen Fällen.

(*d*) Dagegen müssen die Vermächtnißnehmer das, was sie den Erbschaftsgläubigern entzogen haben, diesen auf Verlangen herausgeben, und ebenso die nachstehenden Erbschaftsgläubiger denjenigen, die wegen eines Pfandrechtes den Vorzug vor ihnen haben. const. 22. cit. §. 5—8. — Nach der deutschen Praxis steht es dem Erben, welcher cum beneficio inventarii angetreten hat, wenn er findet, daß die Erbschaft überschuldet ist, noch immer frei, sich ganz davon loszusagen und dieselbe den Creditoren oder dem Gerichte zur ordnungsmäßigen Vertheilung zu überlassen. G. L. Böhmer Rechtsfälle B. 2. Nr. 117. — v. Bülow und Hagemann prakt. Erört. Th. 3. Nr. 14.

(*e*) const. 22. §. 1—14. C. 6. 30.

(*f*) Fritz im Arch. für civ. Pr. B. 12. S. 226.

§. 689 b.

2. Für die Erbschaftsgläubiger und Legatare. S. g. beneficium separationis.

Hat der Erbe viele Schulden, so sind die Erbschaftsgläubiger so wie die Legatare in Gefahr, das, was sie zu fordern haben, nicht zu erlangen. Das prätorische Edict gibt ihnen aber eine Rechtswohlthat, durch deren Gebrauch diese Gefahr, so weit sie von der Ueberschuldung des Erben herrührt, beseitigt wird. Sie können nämlich verlangen, daß das Vermögen des Erblassers von dem Vermögen des Erben abgesondert und ihnen zu ihrer Befriedigung ausschließlich überlassen werde (*a*). 1. Dieses beneficium separationis (*b*) steht zu den Erbschaftsgläubigern, und wenn nach deren Befriedigung noch Etwas übrig bleibt, auch den Legatarien des Erblassers (*c*). 2. Es ist besonders den chirographarischen Erbschaftsgläubigern vortheilhaft, indem diese sogar denjenigen vorgehen, die von dem Erben ein Pfandrecht an den Erbschaftssachen erhalten haben (*d*). 3. Die Gläubiger müssen binnen fünf Jahren nach Antretung der Erbschaft darum nachsuchen (*e*). 4. Haben sie die Separation nachgesucht und erhalten, so können sie nun in der Regel das eigene Vermögen des Erben nicht weiter in Anspruch nehmen (*f*). 5. Die Erbschaftsgläubiger können die Separation nicht mehr verlangen, wenn sie den Erben nach der Erb-Antretung auf irgend eine Weise als ihren Schuldner anerkannt haben (*g*). 6. Das beneficium separationis steht nur den Gläubigern des Erblassers, nicht auch den Gläubigern des Erben selbst zu (*h*). 7. Bleibt nach Befriedigung der Separatisten noch Etwas von der Erbschaft übrig, so können sich daran die übrigen Gläubiger des Erben halten.

(*a*) Dig. 42. 6. — Alb. Phil. Frick de debitoris demortui creditoribus hypothecariis ad separationis beneficium admittendis. Helmst. 1783. — C. Fr. Reinhardt Lehre vom Gant §. 54 ff. — Otto Maur. Stuebel de iure separationis L. 1.

§. 1. D. de separat. definito quaestiones tres. Lips. 1822. — DYCKMEESTER Diss. de separatione bonorum. sec. princ. iur. Rom. Lugd. Bat. 1823. — L. HIDDINGA de praetore auxilium separationis creditoribus praestante. Gröning. 1823. — v. Keller a. a. O. III. — Vergl. auch: Fritz im Arch. für civ. Pr. B. 12 S. 226.

(*b*) Es gibt noch einige andere Fälle, in welchen heut zu Tage gewisse Gläubiger eines in Concurs gerathenen Schuldners das Recht haben, die Absonderung eines Theiles seines Vermögens von der übrigen Concursmasse zu fordern, um aus diesem abgesonderten Theile für sich allein und mit Ausschluß aller übrigen Gläubiger ihre Befriedigung zu erhalten. Für zwei dieser andern Fälle beruft man sich auf das Röm. Recht, nämlich 1. auf fr. 1. §. 9. D. 42. 6. vergl. fr. 7. D. 49. 17. Fritz a. a. O. S. 328. 2. auf fr. 5. §. 15. 16. D. 14. 4. Gläubiger, die in einem dieser Fälle oder in unserem gegenwärtigen Falle ihr Recht auf die Separation geltend machen, nennt man Separatisten, und ihr Concurs heißt Separatconcurs. Es handeln davon ausführlicher: Dabelow vom Concurse der Gläubiger S. 325—358. — Schweppe Syst. des Concurses §. 147—150. — Kori Syst. des Concursprocesses S. 125—133.

(*c*) fr. 6. D. 42. 6.

(*d*) fr. 1. §. 3. D. ibid.

(*e*) fr. 1. §. 13. D. ibid. — Unterholzner Verjährungslehre B. 2. §. 164.

(*f*) fr. 1. §. 17. fr. 3. §. 1. 2. fr. 5. D. ibid.

(*g*) Z. B. durch Creditiren nach der Verfallzeit oder Annahme eines Pfandes, fr. 1. §. 11. 15. D. ibid., oder auch wenn das ererbte Vermögen schon dergestalt mit dem Vermögen des Erben vermischt ist, daß eine Separation nicht mehr möglich ist, wohin auch gehört, wenn dasselbe vom Erben bereits bona fide verkauft ist. fr. 1. §. 12. fr. 2. D. ibid.

(*h*) fr. 1. §. 2. D. ibid. Ausgenommen, wenn der Gemeinschuldner die Erbschaft dolose zu ihrem Nachtheil antrat. fr. 1. §. 5. 6. 8. D. ibid.

§. 690.

C. Transmission. 1. Der erworbenen Erbschaft.

Eine sehr wichtige Wirkung der Erwerbung der Erbschaft besteht darin, daß der Erbe sie jetzt als einen Theil seines Vermögens auf seine Erben **transmittirt** (*a*). Da nun 1. der necessarius heres eine ihm angefallene Erbschaft sogleich im Augenblicke der Delation von Rechtswegen erwirbt, so folgt, daß er dieselbe auf seine Erben transmittirt, wenn er den Anfall auch nur überlebte, und selbst dann, wenn er von demselben gar Nichts erfahren hat (*b*). Man nennt dies jetzt die transmissio et capite suitatis. 2. Der voluntarius heres hingegen und der bonorum possessor erwirbt eine ihm angefallene Erbschaft erst durch die Antretung derselben, und daher gilt bei ihm in Beziehung auf die Transmission die Regel: hereditas nondum adita non transmittitur ad heredes (*c*).

(*a*) DUARENI comm. in tit. Dig. de acq. vel. om. hered. cap. 5. in opp. p. 450. — DONELLI comm. iur. civ. Lib. 7. c. 4. — JO. HENR. BERGER Diss. de transmissione hereditatis. Viteb. 1688. et in eiusd. diss. sel. p. 463. — C. F. F. BUCHER Diss. de iure transmissionis hereditatis et legati. Marb. 1805. — Marezoll Beitrag zu der Lehre von den s. g. Transmissionsfällen; in s. und Linde's Zeitschr. B. 2. S. 54. — F. M. Steppes die Transmission der Erbschaft nach Röm. Rechte. München 1831. — v. Buchholtz jurist. Abhandl. Nr. 2. — M. S. Mayer Erbrecht §. 113—115. — v. Vangerow im Arch. für die civ. Pr. B. 24. Nr. 5 B. 25. S. 439 ff. — Mühlenbruch Comment. Th. 43. §. 1496. S. 143 ff. — Sintenis Civilr. B. 3. §. 204. — Heimbach im Rechtslex. B. 11. S. 511 ff. — v. Keller Grundr. §. 314.

(*b*) const. 3. C. 6. 30.

(*c*) const. 7. C. ibid. — const. 4. C. 6. 9. — const. un. §. 5. C. 6. 51.

§. 691.

2. Des Antretungsrechts.

Diese Regel leidet aber in mehreren Fällen insofern eine Ausnahme, daß ein voluntarius heres oft, wenn er auch früher stirbt, ehe er sich über die Annahme oder Ausschlagung der Erbschaft erklärt hat, doch das Recht, die ihm deferirte Erbschaft anzutreten, auf seine Erben transmittirt (*a*). Dahin gehört: 1. Wenn der Erbe wegen eines rechtlichen Hindernisses nicht antreten konnte, so können seine Erben, wenn das Hinderniß wegfällt, die ihm deferirte Erbschaft noch annehmen (*b*). 2. Wenn der Erbe die Erbschaft deshalb nicht antreten konnte, weil er in Staatsangelegenheiten abwesend war, so können seine Erben Restitution wegen Abwesenheit nachsuchen und dann die Erbschaft noch antreten (*c*); ebenso wenn der Erbe selbst in der Lage war, gegen die Versäumung der Erbschaftsantretung Restitution nachsuchen zu können und vor Ablauf der Restitutionsfrist starb (*d*). 3. Wenn einem infans eine Erbschaft deferirt war, deren Erwerb der Vater, in dessen Gewalt sich das Kind befand, versäumte, so kann dieser dieselbe, wenn das Kind in infantia stirbt, nach einer Verordnung von Valentinian III. noch für sich antreten. Dasselbe Recht steht dem Vater auch dann zu, wenn das Kind zur Zeit der Delation schon sui iuris war (s. g. transmissio ex capite infantiae) (*e*). 4. Wenn ein Descendent von seinem Ascendenten im Testamente zum Erben eingesetzt ist und vor Eröffnung des Testaments stirbt, so geht das Recht, die Erbschaft anzunehmen, auf seine Descendenten über. Dieß gründet sich ebenfalls auf eine Constitution von Theodosius II. und Valentinian III., und daher nennt man es jetzt die transmissio Theodosiana (*f*). 5. Wenn ein Erbe binnen dem ersten Jahre nach der ihm bekannt gewordenen Delation der Erbschaft, oder noch vor Ablauf der von ihm erbetenen und ihm gestatteten Deliberationsfrist stirbt, ohne sich erklärt zu haben, so können seine Erben während der noch übrigen Jahres- oder Deliberationsfrist die Erbschaft noch antreten. Diese Art der Transmission nennt man jetzt, weil sie sich auf eine Constitution Justinian's gründet, die transmissio Iustinianea (*g*). Derjenige, welcher vermöge einer dieser Transmissionen die Erbschaft noch erwerben kann, schließt alle diejenigen aus, die sein Erblasser ausgeschlossen haben würde, also auch dessen Substituten (*h*).

(*a*) S. die §. 690. Note *a*. angef. Schriften.

(*b*) fr. 3. §. 30. fr. 4. D. 29. 5. — fr. 4. §. ult. fr. 5. D. 37. 4. — fr. 12. D. 37. 10. — fr. 6. §. 1. D. 38. 2. — Ob das Gesagte allgemein gelte, ist bestritten. v. Buchholtz S. 36. 63. — v. Wening-Ingenheim gemeines Civilr. 5. Aufl. B. 5. §. 268. — Mühlenbruch S. 165 ff.

(*c*) fr. 30. pr. fr. 86. pr. D. 29. 2. — const. 1. C. 2. 51. — v. Buchholtz S. 34. 42–47.

(*d*) Weiter geht Faber coniectur. iur. civ. Lib. 14. c. 1. S. aber: Gujach Recitat. ad Papin. Lib. 6 in expl. l. 86. D. de acquir. vel omitt. hered.; in Oper. T. 4. p. 1076. — Böhmer Rechtsfälle Th. 2 Nr. 127. a. E. — Marezoll S. 62. — v. Buchholtz a. a. O. — v. Wening-Ingenheim a. a. O. — Mühlenbruch S. 157 ff.

(*e*) const. 18. §. 1. 3. C. 6. 30. — Mühlenbruch Comment. Th. 42 S. 443 ff. — Th. 43. S. 199 ff. Ueber das frühere Recht s.: fr. 30. pr. D. 29. 2. und darüber Mühlenbruch a. a. O. Im Grunde gehört dieser Fall gar nicht zu den eigentlichen Transmissionsfällen, denn dem Vater steht dieses Recht nicht als Erben des Kindes, sondern als Vater (patrio iure) zu. Marezoll S. 59. — v. Buchholtz

S. 69. — Ueber die Definition der Transmission überhaupt s. Mühlenbruch Th. 43. S. 227 ff. und die dort angeführten Schriften.

(*f*) Cod. 6. 52. Besonders über diese Transmission herrschen im Ganzen wie im Einzelnen noch immer sehr verschiedene Ansichten. Man sehe: Hugo heut. Röm. Recht. 7. Ausg. S. 163. — Glück Intestaterbf. S. 97. — Löhr im Arch. für civ. Pr. B. 2 S. 192. — FRANC. ANT. NIEMEYER Diss. de transmissione Theodosiana. Halae. 1812. — CAR. GUIL. DIEHL Diss. de transmissione Theodosiana. Heidelb. 1814. — Thibaut System §. 675. — Marezoll S. 60. — v. Buchholtz S. 71–78. — Mayer §. 114. Nr. 1 — v. Vangerow a. a. O. B. 25. S. 439 ff. — v. Löhr in Linde's und Marezoll's Zeitschr. n. F. B. 7. Nr. 3. — Huschke das. B. 9. Nr. 2. — WOLFF de transmiss. Theodos. Marb. 1850.

(*g*) const. 19. C. 6. 30. — S. oben §. 688. und die dort Note *a.* und *d.* angef. Schriften, ferner v. Vangerow a. a. O. B. 24. Nr. 5. Ueber die unglossirte Nov. 158 s. v. Keller a. a. O. S. 297 ff.

(*h*) A. M. sind wegen fr. 72. D. 29. 2.: Quistorp rechtliche Bemerkungen B. 2. Nr. 30. und CHR. LUD. CRELL Diss. utrum herede instituto intra tempus deliberandi mortuo substitutus admittatur. Vitemb. 1734. S. aber auch const. un. §. 13. C. 6. 51. Ferner: Thibaut Versuche B. 1. Nr. 13. — v. Berg jurist. Beob. und Rechtsfälle. B. 2. Nr. 13. Vergl. oben §. 668. Not. *i.* — Mühlenbruch Comment. Th. 40. S. 341 ff. Th. 43. S. 237.

§. 692.

D. Rechtsmittel des Erben. 1. Petitorische.

Zur gerichtlichen Verfolgung seines Erbrechts und der Erbschaft stehen dem Erben sowohl petitorische als possessorische Rechtsmittel zu. A. Zu den petitorischen Rechtsmitteln gehört die Erbschaftsklage (hereditatis petitio) (*). Diese steht jetzt: 1. jedem Erben zu, ohne Unterschied, ob er testamentarischer oder Intestaterbe (*a*), Civil- oder prätorischer Erbe (*b*), directer oder fideicommissarischer Erbe (*c*), heres ex asse oder ex parte ist (*d*). Utiliter (*dd*) kann sie auch von demjenigen angestellt werden, der die Erbschaft oder nur einen Theil derselben vom Erben gekauft hat (*ddd*). Sie kann aber 2. nur gegen denjenigen angestellt werden, welcher dem Kläger das Erbrecht bestreitet und ihm demzufolge Etwas vorenthält, was zum Nachlasse gehört, sei dieß nun der ganze Nachlaß, oder ein Theil desselben, oder einzelne dazu gehörige Sachen. Daher findet die Klage nur Statt: a) gegen denjenigen, qui pro herede possidet, d. h. welcher sich selbst für den Erben hält, oder ausgibt, und damit das Erbrecht des Klägers läugnet (*e*); b) gegen denjenigen, qui pro possesore possidet, d. h. welcher keinen zureichenden Titel seines Besitzes anzugeben weiß, dem Kläger aber das Erbrecht bestreitet (*ee*). Der Zweck der Klage ist, daß der Erbe als Alleinerbe oder als Miterbe anerkannt und ihm demzufolge entweder die ganze Erbschaft oder der ihm gebührende Theil derselben oder das, was Beklagter davon besitzt, cum omni causa herausgegeben werde (*f*). Soviel dabei nun die Früchte anbelangt, so braucht a) der bonae fidei possessor von den vor erhobener Klage gezogenen nur die noch vorhandenen zu restituiren, die bereits consumirten aber nur insoweit, als er dadurch reicher geworden ist, zu ersetzen. Nach erhobener Klage muß auch der redliche Besitzer alle Früchte herausgeben, und selbst für die, welche er hätte ziehen können, nicht aber für die zufällig verloren gegangenen, haften (*g*). b) Der malae fidei possessor muß schlechthin alle Früchte, sowohl die er gezogen hat, als die er hätte ziehen können, restituiren (*h*). 4. Der Beklagte kann aber auch seinerseits mehrere Gegenforderungen an den Erben machen. Dahin gehört: a) bei dem

bonae fidei possessor alles dasjenige, was er als Gläubiger aus der Erbschaft zu fordern berechtigt ist (*i*); b) die Kosten und Auslagen, welche er auf dieselbe verwendet hat. Sind diese auf Gewinnung der Früchte verwendet, so kann sie jeder Beklagte, er sei redlicher oder unredlicher Besitzer, insoweit zurückfordern, als er die Früchte selbst restituiren muß (*k*). Sind sie hingegen auf die Substanz der Erbschaft verwendet, so kann der redliche Besitzer für alle, selbst wenn sie nachher wieder verloren gegangen sein sollten, der unredliche Besitzer hingegen zwar auch für die nothwendigen immer, für die nützlichen aber nur dann, wenn der dadurch bewirkte Vortheil noch vorhanden ist, Entschädigung fordern, und in Ansehung der impensae voluntariae steht ihm nur ein ius tollendi zu (*l*). 5. Die hereditatis petitio erlischt nach der allgemeinen Regel von der Klagenverjährung (§. 198 a.) in dreißig Jahren, und es ist ganz ohne Grund, wenn man sie bei den ab intestato zur elterlichen Erbschaft gerufenen Kindern 90 Jahre und bei den im Testamente eingesetzten Kindern sogar 120 Jahre dauern läßt (*m*).

(*) Dig. 5. 3. — Cod. 3. 31. — Glück Comm. Th. 7. §. 562—571. — Paul. Petzold spec. observationum ad L. 5. C. de heredit. petit. Lips. 1804. — Thibaut System §. 738—743. — Schweppe Pand. §. 851—857. — C. F. Fabricius im Rhein. Museum für Jurispr. Jahrg. 4. H. 2. S. 165. — v. Buchholtz jur. Abhandl. Nr. 1. — Arndts Beitr. B. 1. Nr. 1. — Ders. im Rechtslex. B. 5. S. 207 ff. — Roßhirt test. Erbr. B. 2. §. 116—138. — Zimmermann im Arch. f. civ. Pr. B. 29. Nr. 6 und 15. — Sintenis Civilr. B. 3. §. 190—192. — Leist B. P. 1. B. 1. S. 31 ff. B. 2. Abth. 2 S. 16 ff.

(*a*) fr. 1—3. D. 5. 3. Wird insbesondere die Erbschaftsklage von dem Intestaterben gegen den Testamentserben angestellt und damit also zugleich auch die Giltigkeit des Testaments angefochten, so nennt man sie jetzt hereditatis petitio qualificata.

(*b*) Dig. 5. 5. Wenn sie vom prätorischen Erben angestellt wird, so heißt sie possessoria hereditatis petitio. — Glück Comm. Th. 8. §. 573. — Leist die B. P. B. 2. Abth. 2. S. 16 ff.

(*c*) fr. 1. 2. D. 5. 6. — Wird sie vom fideicommissarius heres angestellt, so heißt sie fideicommissaria hereditatis petitio. Diese kann erst nach erfolgter Restitution angestellt werden und nicht gegen denjenigen, welcher die Erbschaft restituirt hat. fr. 3. §. 1. ibid. — fr. 27. §. 7 fr. 37 pr. D. 36. 1.

(*d*) Dig. 5. 4. In diesem Falle nennt man sie jetzt auch wohl hereditatis petitio partiaria. — Glück Comm. Th. 8. §. 572.

(*dd*) Aber nicht blos in diesem Falle ist die hereditatis petitio eine utilis actio, sondern überhaupt wenn sie von Jemandem angestellt wird, der nicht heres, sondern nur heredis loco ist, wie z. B. der bonorum possessor und der fideicommissarius heres.

(*ddd*) fr. 54. pr. D. 5. 3. Nur von dem Falle, wenn der Fiscus der Verkäufer ist, versteht diese Stelle: Keller Grundr. §. 326 *a*. Pand. §. 544.

(*e*) Gajus IV. §. 144. — fr. 9. 11. D. 5. 3. — §. 3. J. 4. 15. et Theophilus ad h. l. — Thibaut im Arch. für civ. Praxis. B. 7. S. 224. — Auch ist sie als utilis actio gegen denjenigen zulässig, welcher auf einen titulus singularis besitzt, der die Erbschaft als solche zum Gegenstande hat, wie z. B. der Käufer derselben. fr. 13. §. 4. 8—10. D. 5. 3.

(*ee*) Gaj. IV. §. 144. — §. 3. J. 4. 15. — fr. 11—13. fr. 18. §. 2. fr. 19. D. 5. 3. — In beiden Fällen (pro herede et pro possessore) findet die Klage auch gegen den s. g. fictus possessor Statt. fr. 13. §. 13. 14. D. 5. 3. — fr. 7. D. 6. 1. — Wer aber, ohne dem Kläger das Erbrecht zu bestreiten, einzelne Erbschaftssachen titulo singulari besitzt, z. B. weil er sie gekauft hat, und also blos Eigenthum gegen den Kläger behauptet, gegen den findet nicht die hereditatis petitio, sondern nur die rei vindicatio oder Publiciana actio Statt. fr. 25. §. 17. D. 5. 3. — const. 7. C. 3. 31. — const. 4. C. 7. 34.

(*f*) fr. 10. §. 1. D. 5. 3. Auf das Nähere hat das Senatusconsult vielen Einfluß, dessen Worte im fr. 20. §. 6. ibid. sich finden. Darüber s.: Fabricius S. 181 ff. —

Arndts Beitr. S. 62 ff. Rechtslex. S. 221 ff. — Dernburg Verhältniß der her. pet. zu den erbschaftl. Singularklagen. Heidelb. 1853. S. 15 ff.

(*g*) const. 1. §. 1. C. 3. 31. Vergl. fr. 25. §. 11. fr. 40. §. 1. D. 5. 3. — §. 2. J. 4. 17. — v. Madai in Linde's Zeitschr. B. 11. Nr. 1.

(*h*) fr. 25. §. 4. D. 5. 3. — fr. 40. §. 1. ibid. — §. 2. J. cit.

(*i*) const. 3. C. 3. 31.

(*k*) fr. 36. §. 5. D. 5. 3. — fr. 46. D. 22. 1.

(*l*) fr. 38. 39. D. 5. 3.

(*m*) const. 3. C. 7. 39. — Koch succ. ab int. §. 129. — Thibaut von der Verjährung S. 129. — Unterholzner Verjährungslehre B. 2. §. 167. 168.

§. 693.

2. Possessorische.

B. Zu den possessorischen Rechtsmitteln gehört: 1. Das interdictum quorum bonorum, dessen sich derjenige, welcher die ihm deferirte bonorum possessio agnoscirt hat (§. 612.), gegen denjenigen, welcher die Erbschaft pro herede oder pro possessore besitzt, oder dolo malo aufgehört hat, zu besitzen, bedienen kann, um sofort in den Besitz der körperlichen Sachen der Erbschaft gesetzt zu werden (*a*). 2. Diejenige missio in bona defuncti, welche die Neueren das remedium ex lege ult. C. de edicto Divi Hadriani tollendo (6. 33.) nennen, womit derjenige, welcher in einem schriftlichen, der äußern Form nach untadelhaften und mit keinem sichtbaren Fehler behafteten Testamente zum Erben eingesetzt ist, darauf antragen kann, daß er sofort in den interimistischen Besitz der Erbschaft gesetzt werde (*b*). 3. Mehrere andere missiones in possessionem bonorum defuncti, welche ebenfalls blos interimistischen Besitz der Erbschaft ertheilen (§. 613.) (*bb*). Insbesondere a) die missio in possessionem ex edicto Carboniano. Wenn dem Kinde eines Erblassers sein Erbrecht aus dem Grunde streitig gemacht wird, weil sein Gegner leugnet, daß es ein Kind des Erblassers sei, so kann dasselbe Aufschiebung des Processes bis zu seiner Mündigkeit und bis dahin den Besitz der väterlichen Erbschaft und Alimente aus derselben verlangen (*c*). Ferner b) die missio in possessionem, quae ventri datur. Wenn eine Ehefrau beim Tode ihres Mannes schwanger ist, so kann sie ebenfalls unter Aufsicht eines Curators den interimistischen Besitz der Erbschaft und Alimente aus derselben bis dahin verlangen, daß sie niederkommt oder nicht schwanger befunden wird (*d*). Endlich c) die bonorum possessio, quae furioso datur (*e*), von welcher schon oben §. 684. a. E. die Rede gewesen ist.

(*a*) Gajus IV. §. 144. — §. 3. J. 4. 15. — Dig. 43. 2. — Cod. 8. 2. — Car. Aug. Rogge Diss. proponens interpretationem L. 1. D. quorum bonorum. Regiom. 1817. — Die Ansichten über die Natur dieses Interdicts und das Verhältniß desselben zur possessoria hereditatis petitio sind indeß sehr verschieden. Vergl.: v. Savigny in der Zeitschrift für gesch. R. W. B. 5. S. 1. B. 6. S. 229. (Puchta in Schunck's Jahrb. d. jur. Lit. B. 9. S. 1.) Auch mit einem Nachtrag von 1849 in s. verm. Schriften B. 2. Nr. 17. — Thibaut im Arch. für civ. Prax. B. 10. S. 456. — Löhr ebendas. B. 12. S. 85. — Dessen Mag. B. 3. (1.) S. 240—260. B. 4. (2.) S. 468—471. — C. F. Fabricius im Rhein. Museum für Jurispr. Jahrg. 4. H. 2. S. 165. — Desselben B. P. S. 197 ff. Arndts Beitr. S. 88 ff. S. 108 ff. und im Rechtslex. B. 5. S. 605 ff. — Roßhirt testam. Erbr. B. 2. §. 128. — Mayer Erbr. B. 1. §. 134. — v. Vangerow §. 509. — Leist B. P. B. 1. S. 306 ff. B. 2. Abth. 2. S. 157 ff. 162 ff. — Seuffert's Arch. II. 77. III. 279. 280. VII. 71.

(*b*) PAUL. III 5. §. 14—18. — Nov. Valentin. III. Tit. 20. c. 1. §. 5. (ed. HAENEL. p. 191.) — Geiger und Glück merkw. Rechtsfälle B 1. Nr. 7. — Runde Beitr. zur Erl. rechtl. Gegenstände B. 2. Nr. 3. — v. Bülow Abh. Th. 2. Nr. 17. — Günther rechtl. Bemerk. S. 212. — v. Savigny a. a O. S. 233. v. Löhr in Linde's Zeitschr. B. 6. Nr. 9. — H. SINTENIS cap. sel ex iure civ. Giess. 1840. p. 1. seqq. — Roßhirt test. Erbr. B. 2. § 134 — Rudorff in der Zeitschr. für geschichtl. RW. B. 12. S. 390 ff. — Leist die B. P. B. 2. Abth. 2. S. 194 ff. S. 290 ff. — Bachofen ausgew. Lehren des Röm. Civilr. S. 391 ff. — Strippelmann Entscheid. B. 5. S. 111 ff. — Seuffert's Arch. II. 75. 76. III. 281—286. VI. 229.

(*bb*) Uebrigens ist es bei dem ersten und dritten der folgenden Fälle streitig, ob es sich um eine eigentliche missio in possessionem oder um Ertheilung einer interimistischen B. P. im eigentlichen Sinne handelt. S Note c. und §. 684. Note p.

(*c*) Dig. 37. 10. — Cod. 6. 17. — Löhr Mag. B. 2. Nr. 9. — Zimmern Grundriß des Erbrechts S 74. — FOERSTER de B P. contra tab. p. 202 seqq. — Fabricius Urspr. der B. P. S. 168 ff. — Huschke in Richter's Jahrb. B. 5. S. 28 ff. — v. Vangerow § 512. — v. Löhr Mag. B. 4. (2.) Nr. 22.

(*d*) Dig. 25. 5. — 25. 6. — 37. 9. — Zimmern a. a. O. S. 76.

(*e*) Dig. 37. 3. — const. 7. §. 3. 8. C. 5. 70.

§. 694.

II. Im Verhältnisse mehrerer Miterben zu einander. A. Antheil eines jeden an den Forderungen und Schulden der Erbschaft.

Wenn eine Erbschaft mehreren deferirt und von Allen erworben ist, so erlangt dadurch jeder Miterbe nach Verhältniß seines Erbtheils einen Antheil an allen zur Erbschaft gehörigen Sachen. Soviel dabei nun insbesondere die Forderungen und Schulden des Erblassers anbetrifft, so sind diese ipso iure unter den Miterben nach dem Verhältnisse des Erbtheiles eines jeden derselben getheilt (nomina et debita hereditaria ipso iure inter coheredes sunt divisa); jeder Miterbe erwirbt durch die Erbantretung seinen privativen Antheil daran und kann deshalb, ohne daß es erst noch einer Theilung derselben bedürfte, geradezu pro rata gegen die Schuldner der Erbschaft klagen und ebenso pro rata von den Gläubigern der Erbschaft verklagt werden (*a*). Der Erblasser kann zwar über einzelne oder alle Forderungen und Schulden etwas Anderes bestimmen, oder es kann durch Vertrag der Erben unter sich etwas Anderes darüber festgesetzt werden, allein in beiden Fällen ist dieß doch, so weit es sich auf Schulden bezieht, nur für die Erben unter sich von verbindlicher Kraft, auf die Erbschafts-Gläubiger hat es keinen Einfluß, sondern diese können jeden Erben nach Verhältniß seines Theiles und nicht weiter in Anspruch nehmen, und soweit es sich auf Forderungen bezieht, ist die dadurch bewirkte Aenderung nach den Regeln über die Cession der Forderungen und über das nomen legatum zu beurtheilen (*b*).

(*a*) const. 6. C. 3. 36. Vergl. fr. 25. §. 13. D. 10. 2. — const. 1. C. 8. 36. — const. 1. C. 8. 32. — const. 26. C. 2. 3. Daher sind auch die nomina et debita hereditaria gar kein Gegenstand der actio familiae erciscundae. fr. 4. pr. fr. 25. §. 1. D. 10. 2. — C. L. CRELL de divisione nominum in iudicio familiae erciscundae. Viteb. 1743.

(*b*) fr. 3. pr. D. 2. 15. — const. 25. 26. C. 2. 3. — fr. 2. §. 5. fr. 3. fr. 20. §. 3. fr. 25. §. 1. 13. D. 10. 2. — fr. 11. 14. D. 20. 5. — fr. 69. §. 2. D. 30. — Vergl. fr. 14. D. 2. 15. und darüber: GUST. FRID. HELD Diss. ad L. 14. D. de transact. Lips. 1828.

§. 695.

B. Theilung der Erbschaft.

Jeder Erbe kann gegen seinen Miterben auf Theilung der Erbschaft, insoweit diese derselben noch bedarf (*), antragen, vorausgesetzt, daß er freie

Dispositionsbefugniß über sein Vermögen hat und nicht etwa vom Erblasser anbefohlen, oder unter den Erben verabredet ist, daß die Erbschaft noch eine Zeit lang ungetheilt bleiben solle (*a*). 1. Die Theilung selbst kann entweder außergerichtlich durch Vereinbarung der Erben unter sich, oder mit Zuziehung eines Schiedsmannes, oder, im Falle Streitigkeiten unter den Erben obwalten, gerichtlich nach dem Ausspruche des Richters geschehen, und um diesen letztern zu bewirken, steht einem jeden Erben gegen seinen Miterben die Erbtheilungsklage (actio familiae erciscundae) zu (*b*). 2. Bei der Theilung muß der Regel nach Alles, was wirklich zum Vermögen des Erblassers gehört, vertheilt werden, nach vorheriger Absonderung dessen, was nicht dazu gehört oder andern Personen restituirt werden muß, wie namentlich das eigene Vermögen der Kinder und die dos der Ehefrau des Erblassers. Einige Sachen sind indeß, ohnerachtet sie wirklich zum Vermögen des Erblassers gehören, dennoch von der Theilung ausgeschlossen (*c*), z. B. Sachen, von denen leicht Schaden zu befürchten ist oder welche die Sitte und Ehrbarkeit verletzen (*d*), ferner alle Documente und Urkunden, welche derjenige erhält, dessen Person oder Rechte sie betreffen (*e*). 3. Die Theilung selbst kann auf verschiedene Art vorgenommen werden, entweder nämlich durch reelle Vertheilung der physisch theilbaren Sachen unter den Miterben, oder so, daß der eine diese und dafür der andere jene Sache ganz erhält; in diesen beiden Fällen ist sie als ein Tausch zu betrachten (*f*); oder die Erbschaftssachen werden ganz oder zum Theil einem einzigen Miterben überlassen, welcher die übrigen mit Geld abfinden muß, dann ist die Theilung als ein Verkauf zu betrachten (*ff*), und das Geld, das hier ein Miterbe dem andern zu dessen Abfindung herauszubezahlen hat, heißt heut zu Tage Erbegeld (pecunia hereditaria). Auch kann eine Sache an einen Dritten verkauft und der Erlös getheilt werden (*fff*). Die Theilung mag nun vorgenommen werden, auf welche Art sie will, so enthält sie immer eine Veräußerung, und zwar eine nothwendige, daher sie auch in solchen Fällen zulässig ist, wo sonst alienatio verboten ist (g); sie ist endlich auch eine onerose Veräußerung, weshalb bei ihr die Verpflichtung zur Gewährleistung, wie bei Kauf und Tausch, eintritt (*h*). 4. Wenn bei einer Erbschaftstheilung ein Miterbe ganz übergangen sein sollte, so kann dieser dieselbe anfechten und entweder Herausgabe seines Antheils von den übrigen Miterben fordern, oder auf eine neue Theilung antragen (*hh*). Haben aber alle Miterben bei der Theilung participirt, so ist wegen einer Verletzung, die der eine dabei erlitten hat, zu unterscheiden: a) entweder der Erblasser hat selbst die Sachen und deren Werth bestimmt, welche jeder Miterbe zu seinem Theil erhalten soll, dann kann nur eine Verletzung im Pflichtheile geltend gemacht werden (*i*); b) oder der Richter hat iudicio familiae erciscundae getheilt. Ist alsdann das Theilungsdecret rechtskräftig geworden, so kann es selbst wegen einer enormen Verletzung des einen Miterben nicht angefochten werden (*k*); c) oder die Erben haben privatim oder mit Zuziehung eines Schiedsrichters getheilt, dann findet wegen dolus immer eine Klage auf Entschädigung des Verletzten Statt; außerdem gibt aber nur eine Verletzung über die Hälfte, d. h. wenn der eine Erbe mit Gelde abgefunden ist und nicht die Hälfte von dem wahren Werthe seines Antheiles erhalten hat (§. 373.), demselben ein Recht, auf Aufhebung der Theilung oder auf Entschädigung zu klagen (*l*).

(*) S. §. 694. Note *a*.

(*a*) fr. 14 §. 2. D. 10. 3. — const. 5. C. 3. 37.

(*b*) §. 4. J. 4. 17. — §. 3. 4. J. 3. 27. (28.) — Dig. 10. 2. — Cod. 3. 36. 38. — Frid. Aug. Mehl iudicium familiae erciscundae. Gött. 1780. — Westphal von den einzelnen Vermächtnißarten und der Erbtheilungsklage. Leipz. 1793. — Glück Comm. Th. 11. §. 725 ff. — G. J. Martini Diss. de hereditate plurimis communi. Lugd. Bat. 1825. — W. H. Puchta Handb. der freiw. Gerichtsbarkeit. 2te Ausg. Th. 2. §. 247—254. — Heimbach im Rechtslex. B. 3. S. 497 ff. — Zimmermann im Arch. für die civ. Prax. B. 34. Nr. 9. 14. Vergl. auch oben §. 462—465.

(*c*) Die zur Erbschaft gehörigen Prädialservituten, die als juristisch untheilbar, nicht gemeinschaftlich sind, sondern jedem Miterben zunächst ganz gehören, sind nicht ganz von der Theilung ausgeschlossen, aber sie werden nicht besonders getheilt, sondern jede derselben folgt dem praedium, cui debetur. fr. 23. §. 3. fr. 25. D. 8. 3. — fr. 4. §. 3. D. 8. 5.

(*d*) fr. 4. §. 1. D. 10. 2. — fr. 9. D. 49. 14.

(*e*) fr. 4. §. 3. fr. 5. fr. 8. D. 10. 2. — const. 2. C. 8. 32.

(*f*) D. h. sie ist ein wirklicher Tausch, wenn sie durch Uebereinkunft zu Stande kommt, und sie hat Aehnlichkeit mit einem Tausche, wenn sie eine gerichtliche Theilung ist.

(*ff*) Es ist hier eben so zu unterscheiden, wie in dem Falle der Note *f*.

(*fff*) const. 3. C. 3. 37.

(*g*) Stellt daher ein selbstständiger Erbe die Erbtheilungsklage an, so muß die gerichtliche Theilung vorgenommen werden, wenn auch unter den übrigen Erben solche sind, die unter Vormundschaft stehen, und stehen alle Erben unter Vormundschaft, so ist ein obrigkeitliches Decret zu ertheilen. fr. 1. §. 2. D. 27. 9. — const. 17. C. 5. 71.

(*h*) fr. 25. §. 1. D. 10. 2. — const. 14. C. 3. 36. — const. 7. C. 3. 38. Ueber den Fall, wenn der Erblasser selbst getheilt hat, s.: fr. 77. §. 8. D. 31. — Glück Comm. Th. 11. S. 78. 107.

(*hh*) fr. 44. §. 2. D. 10. 2. — const. 17. C. 3. 36. — Paul. S. R. 1. 18. §. 4. Vergl. fr. 2. §. 4. D. 10. 2. — Zimmermann a. a. O.

(*i*) const. 10. 26. C. 3. 36. — Nov. 22. c. 48.

(*k*) arg. fr. 56. D. 42. 1. — fr. 25. D. 1. 5. — fr. 207. D. 50. 17.

(*l*) const. 1. 3. C. 3. 38. — const. 2. C. 4. 44. — Ueber die verschiedenen Ansichten s.: Ge. Chr. Gebauer Diss. de hercto cito ob inaequalitatem in melius reformando. Gött. 1738. et in *Eiusd.* exerc. acad. T. 1. nr. 14. — Strube rechtl. Bed. Th. 1. Nr. 157. — G. L. Böhmer's Rechtsfälle B. 1. Resp. 76. — Glück S. 93 ff.

§. 696.

C. Collation (*a*).

Wenn insbesondere Descendenten ihre Ascendenten beerben, und zwar nach neuerem Rechte (*aa*) ohne Unterschied, ob sie ex testamento oder ab intestato erben, so sind sie sich einander wechselseitig zur Collation verpflichtet, d. h. sie müssen gewisse Gaben, die sie oder ihre von dem Erblasser abstammende Ascendenten, an deren Stelle sie treten, von dem Erblasser bei dessen Lebzeiten erhalten haben, soweit sie reicher dadurch geworden sind, in die gemeinschaftliche Erbschaft einwerfen (*b*) oder sich auf ihren Erbtheil anrechnen lassen (*bb*). Dahin gehört nach den Gesetzen die dos, die donatio propter nuptias (*c*), die von dem Erblasser angekaufte militia (*d*) und in einem Falle auch die einfache Schenkung unter Lebenden, nämlich alsdann, wenn der Empfänger derselben keine regelmäßig zu conferirende Gabe von dem Erblasser empfangen, und ein anderer Descendent, welcher mit ihm zur Erbschaft gerufen ist, eine solche zu conferiren hat (*e*) (*f*). Uebrigens steht es dem Erblasser

frei, dem einen oder dem andern seiner Descendenten, oder allen, die Collation desjenigen zu erlassen, was sonst conferirt werden müßte, wenn nur dadurch der Pflichttheil der übrigen nicht geschmälert wird (*g*); umgekehrt kann derselbe die Collation auch desjenigen befehlen, was sonst nicht conferirt zu werden brauchte, vorausgesetzt, daß dasselbe auf seiner bloßen Liberalität und nicht auf rechtlicher Verpflichtung beruhte, wie z. B. gewöhnliche Alimente; auch muß der Befehl zur Collation bei der Schenkung selbst erfolgen, d. h. die Schenkung muß unter der Bedingung der dermaleinstigen Collation derselben gemacht worden sein (*h*).

(*a*) Ulp. XXVIII. §. 4. — D. 37. 6—8. — Cod. 6 20. — Nov. 18. c. 6. — Nov. 97. c. 6. — Carl Pfizer über die Collation der Descendenten. Stuttg. 1807. (Hall. allg. L.-Z. 1807. Nr. 277. Crit. Arch. der neuesten jur. Literatur von Gönner, Gmelin und Tafinger B. 6. S. 537. Heidelb. Jahrb. 1808. S. 105 ff.) — Dom. Unterholzner Diss. pertractans historiam doctrinae iuris Rom. de collationibus. Altorf. 1809. (Heidelb. Jahrb. 1810. S. 93.) Kämmerer Beiträge. Rostock 1817. S. 255. — K. F. Reinhardt die Lehre von der Einwerfung. Stuttg. 1818. — Chr. P. N. Petersen Diss. de collatione bonorum. Havniae 1825. — Wilh. Francke Grundzüge der Lehre des R. R. von der Collation; in Dessen civ. Abhandl. S. 174. (Darüber Zimmern in Schunck's Jahrb. B. 6. S. 41.) — Fr. Geidner über die Art der Collation der Descendenten bei Erbtheilungen. Würzburg 1825. — Arndts im Rechtslex. B. 3. S. 809 ff. — Ed. Fein das Recht der Collation. Heidelb. 1842. (Darüber v. d. Pfordten in Richter's krit. Jahrb. B. 16. S. 865 ff.) — A. Schmidt in Bekkers Jahrb. B. 4. Nr. 2. — Ders. d. formelle Recht der Notherben. S. 107 ff. — Vergl. auch Hugo RG. S. 533. — Roßhirt Einl. in das Erbrecht Cap. 2. §. 23. Dessen testam. Erbr. B. 2. S. 204 ff. — Hunger Erbr. S. 508 ff. — Mayer Erbr. §. 124 ff. — Göschen Vorles. B. 3. Abth. 2. S. 457 ff. — v. Vangerow §. 515. 516. — v. Keller Grundr. §. 323. —

(*aa*) Aus der Geschichte der Collationspflicht ist Folgendes herauszuheben. Sie wurde zuerst vorgeschrieben von dem Prätor bei Einführung der B. P. contra tabulas und ex edicto unde liberi. Damit hier der emancipatus nicht besser daran sei, als der suus, neben welchem er gerufen wurde, sollten jenem die Klagen versagt werden, wenn er nicht sein eigenes Vermögen, welches, wenn er ein suus wäre, d. h. wenn er bis zum Tode des Erblassers in dessen potestas geblieben wäre, zur Erbschaft gehören würde, mit denjenigen suis theile, die durch seine Concurrenz beschränkt werden. Damit ferner die verheirathete und botirte sua nicht vor andern sui und suae begünstigt sei, verlangte er, daß sie sich, um die Vortheile der B. P. zu genießen, verbindlich mache, die für sie bestellte dos, falls sie ihr nach Auflösung der Ehe zufalle, nicht als praecipuum für sich zu behalten, sondern mit den übrigen sui, die durch ihre Concurrenz beschränkt werden, zu theilen. Die dem emancipatus aufgelegte Collation wurde collatio bonorum genannt, Dig. 37. 6., und die der sua aufgelegte dotis collatio, Dig. 37. 7. — Der Umfang der auf Gleichstellung mit dem suus berechneten Collation des emancipatus wurde in demselben Maße vermindert, in welchem die Unfähigkeit des filiusfamilias, eigenes Vermögen zu haben, abnahm. Nach dem Rechte des Codex beschränkte sie sich auf einige Gegenstände. Diese sind: das s. g. peculium profectitium, welches der Erblasser dem Emancipirten bei der Emancipation ließ, und die Geschenke, die er ihm bei oder nach der Emancipation machte, und endlich die Ersparniß aus den Einkünften desjenigen Vermögens, welches ein s. g. peculium adventitium ordinarium gebildet hätte, wenn der emancipatus bis zum Tode des genannten Erblassers in dessen potestas geblieben wäre. Jedoch ist man über diesen dritten Gegenstand nicht einig. Ob nun eine besondere Collationspflicht des emancipatus in diesem Umfange nach dem neuesten Röm. Rechte bei der Intestatsuccession oder wenigstens bei der contra tabulas B. P. noch besteht, oder ob sie in Folge der Nov. 118. ganz hinwegfällt, ist sehr bestritten. — Die von dem Prätor der sua aufgelegte dotis collatio wurde von Antoninus Pius auch zur Bedingung der Wirksamkeit ihres Civilerbrechts neben andern sui gemacht. fr. 1. pr. D. 37. 7. Von dem Princip, das diese Collation nach Analogie der Collation des emancipatus sich richte, wich man bald ab bei derjenigen dos, die der Erblasser selbst der sua bestellt hat; diese hat sie nach einem Rescripte von Gordian nicht

bloß den suis, sondern auch den übrigen Descendenten, mit welchen sie concurrirt, zu conferiren. const. 4. C. 6. 20. — Leo legt eine gleiche Pflicht, die von dem Erblasser bestellte dos allen mit ihr erbenden Descendenten zu conferiren, jeder Descendentin auf, es mag eine Ascendentin oder ein Ascendent zu beerben sein, und ebenso jedem männlichen Descendenten die Pflicht, die von dem zu beerbenden Ascendenten männlichen oder weiblichen Geschlechts für ihn bestellte *propter nuptias donatio* sämmtlichen mit ihm erbenden Descendenten zu conferiren. const. 17. C. 6. 20. Durch diese Verordnung kam also eine dem Pandektenrecht noch ganz unbekannte Collationspflicht aller ab intestato oder bei der contra tabulas B. P. mit einander erbenden Descendenten gegen einander auf. Der Umfang dieser neuen Collation nahm zu unter Justinian, theils durch die Verordnung, wonach die entfernteren Descendenten, welche an die Stelle eines näheren treten, der eine dos oder propter nuptias donatio zu conferiren hätte, sie anstatt desselben conferiren müssen, const. 19. C. 6. 20. (vorbereitet durch const. 4. 5. C. Th. 5. 1. von Arcadius und Honorius), theils durch die Vorschrift, daß auch die von dem Erblasser angeschaffte verkäufliche militia, sowie überhaupt alles unter Lebenden von ihm Empfangene, was in den Pflichttheil einzurechnen ist, und in einem Falle auch die ohne allen Vorbehalt von ihm gemachte Schenkung (s. Note *e*.), wie die dos oder propter nuptias donatio conferirt werden soll const. 20. C. 6. 20. Endlich in Nov. 18. c. 6. (vergl. const. ult. C. 3. 38.) wurde diese Collationspflicht der Descendenten als solcher gegen einander auch auf den Fall ausgedehnt, wenn sie ex testamento miteinander succediren. — Die besondere Pflicht der sua, den durch ihre Concurrenz beschränkten suis auch die adventitia dos zu conferiren, fällt hinweg, seitdem sie in Folge der Verordnungen der christlichen Kaiser und besonders Justinian's über das, was durch Hauskinder von Außen erworben wird (§. 557 ff.), zur Herstellung der rechtlichen Gleichheit zwischen der dotirten sua und andern suis nicht mehr nöthig ist. S. auch const. 21. C. 6. 20.

(*b*) Sind neben collationsberechtigten Miterben auch solche vorhanden, die keinen Anspruch auf Collation haben, so behält der Collationspflichtige dasjenige für sich, was diese erhielten, wenn sie einen solchen Anspruch hätten.

(*bb*) Wer nicht Erbe wird, braucht auch nicht zu conferiren. fr. 9. D. 37. 7. — Chr. Gottl. Biener quaest. cap. XXXVI. XXXVII. Lips. 1812. et in eiusd. opusc. ed. Fr. Aug. Biener Vol. II. nr. 35. — Ascendenten und Geschwister des Erblassers sind einander niemals zur Collation verpflichtet. A. M. ist zwar Unterholzner a. a. O. S. 67.; allein man sehe dagegen: Thibaut im Arch. für die civ. Praxis B. 5. S. 330.

(*c*) const. 12. 16. 17. 19. 20. pr. C. 6. 20. Ist das, was conferirt werden müßte, ohne Schuld des Erben verloren gegangen, so ist er nicht zur Collation verpflichtet. fr. 2. §. 2. D. 37. 6. — Nov. 97. c. 6.

(*d*) const. 20. pr. C. 6. 20.

(*e*) const. 20. §. 1. C. 6. 20. — Car. Fried. Paelike Diss. de donatione simplici in hereditatem paternam non conferenda. Helmst. 1762. — Engelb. de Man de donatione simplici iure Rom. non conferenda. Ultrai 1804. — Jo. Car. Berkhan Diss. de collatione donationis simplicis ad L. 13. et 20. C. de collat. Halae. 1805.

(*f*) Ueber andere Gegenstände, die heut zu Tage auch conferirt werden müssen, s. Jo. Ge. Bausch Diss. de subsidio parentum collationi obnoxio. Gött. 1773. — Pfizer a. a. O. §. 102—109. Vergl. Francke S. 202 ff. S. 241 ff.

(*g*) Nov. 18. cap. 6. Ueber heimliche Zuwendungen der Eltern sehe man: Dabelow im Archiv für die civ. Praxis B. 2. S. 67. — Ueber stillschweigenden Erlaß der Collation: Gottschalk Discept. for. T. 1. cap. 37. Ed. II.

(*h*) const. 20 §. 1. in fin. C. 6. 20. Vergl. fr. 25. pr. D. 5. 2. — const. 35. §. 2. C. 3. 28. Wird die Collation nur im letzten Willen aufgelegt, so ist dieses nach den Regeln über die Belastung mit Vermächtnissen zu beurtheilen.

§. 697.

D. Anwachsungsrecht. 1. Allgemeine Grundsätze.

Wenn einer von mehreren Miterben wegfällt, so tritt, zum Vortheile aber auch zum Nachtheile der übrigen, das Anwachsungsrecht (ius accres-

cendi) ein, d. h. die durch das Wegfallen eines Erben vacant werdende Portion wächst den übrigen Erben zu (*a*). Von diesem Rechte gelten folgende allgemeine Grundsätze: 1. Es findet sowohl bei Intestaterben als bei Testamentserben Statt, und zwar ohne Unterschied, ob ihnen die Erbschaft nach dem Civilrechte oder nach dem prätorischen Rechte deferirt worden ist (*b*). 2. Es tritt aber nur dann ein, wenn dem wegfallenden Erben kein Transmissionsrecht zusteht, und bei Testamentserben auch erst dann, wenn der Wegfallende keinen Substituten hat, oder auch dieser wegfällt (*c*). 3. Der Erblasser kann es in seinem Testamente nicht direct (wohl aber indirect durch Anordnung einer Substitution) verbieten (*d*). 4. Es tritt von Rechtswegen, selbst ohne Wissen und wider den Willen (*e*) der übrigen Erben, ein, so daß die vacante Portion nicht besonders angetreten zu werden braucht, diese selbst aber accrescirt in der Regel cum omni onere, so daß der Erbe, dem sie zufällt, alle darauf haftenden Lasten tragen muß (*f*). 5. Es kommt denen nicht zu Statten, deren Erbportion, sei es ab intestato oder ex testamento, von den Gesetzen auf ein gewisses absolutes oder relatives Maximum bestimmt ist, insofern sie dieses erhalten haben, bis dahin aber allerdings (*g*).

(*a*) Ueber das ältere Recht: Ulp. tit. 17. 18. Ueber das neuere Recht: Dig. XXVIII. 5. XXIX. 2. — C. VI. 10. u. 51. Literatur: Culacii Recitat. ad Cod. Lib. 6. tit. 51. — Donelli comm. iur. civ. Lib. 7. c. 12. 13. — Duarenus de iure accrescendi; in oper. ed. Frf. 1592. pag. 1075. — Thom. Papillonius de iure accrescendi; in Ottonis Thesaur. T. 4. p. 765. — Edm. Merillius de iure accrescendi et coniunctionis; ibid. T. 4. p. 1753. — Scipio Gentilis Tract. de iure accrescendi (In oper. Neap. 1763. — T. 1. pag. 175). — Greg. Maiansius de iure accrescendi; in Disp. iur. civ. T. 2. disp. 38. — Jo. Aug. Bach Diss. de iure accrescendi; in opusc. p. 323. — M. G. van Alpen de origine, natura et effectu iur. accresc. Lugd. Bat. 1807. — Vinc. Ge. Aug. Ludwig Diss. I. de iure accrescendi. Lips. 1817. — A. G. Huidecooper Diss. de iure accrescendi ex legibus Rom. Traj. ad Rh. 1817. — Schöman Handb. des Civilr. B. 2. S. 1. — Jos. Cousturier Diss. de iure accrescendi. Leodii 1825. — W. M. Rossberger ius accrescendi ex fontibus iuris Romani genuinis illustratum. Lips. 1827. Besonders: Herm. Baumeister das Anwachsungsrecht unter Miterben nach Röm. Recht. Tübingen 1829. — Rudorff über die caducorum vindicatio; in der Zeitschr. für gesch. RW. B. 6. S. 397. — Roßhirt Erbrecht. Cap. 2. §. 29. — Francke Beitr. B. 1. Nr. 6. — M. S. Mayer das Recht der Anwachsung bei dem testam. und gesetzlichen Erbrechte und bei Legaten oder Fideicommissen. Tübing. 1835. — K. Witte in Weiske's Rechtslex. B. 1. S. 270 ff. — Mühlenbruch im Comment. B. 43. S. 243 ff. — E. D. Glasson du droit d'accroissement entre cohérétiers et entre colégataires en droit romain. Par. 1862. p. 3—78. — Vergl. K. A. Schneider das altcivile und Justinianeische Anwachsungsrecht bei Legaten und die caducarischen Bestimmungen der Lex Iulia et Papia. Berl. 1837.

(*b*) §. 5. J. 3. 9. (10.) Ueber die Frage: ob bei verkaufter Erbschaft das Accrescenzrecht dem Käufer oder Verkäufer zum Vortheil gereiche? sehe man: fr. 2. §. 1. 4. D. 18. 4. und darüber: Glück Comm. Th. 16. S. 341. — Klüpfel im Archiv für die civil. Praxis B. 3. Nr. 11. — Jul. Rubo Diss. de iure accrescendi hereditate vendita. Halae 1817. — C. Cucumus de iure accrescendi cui competat post hereditatem venditam. Wirceb. 1818. — Rossberger l. c. pag. 201. — v. Vangerow §. 494. Nr. 6. — Glasson l. c. p. 26 seq. — Vergl. auch: J. Gerlings Diss. de hereditate vendita. Traj. ad Rhen. 1827.

(*c*) const. un. §. 13. 14. C. 6. 51.

(*d*) fr. 55. D. 30.

(*e*) fr. 31. fr. 55. pr. fr. 53. §. 1. fr. 76. pr. D. 29. 2. Doch leidet dies Ausnahmen. fr. 55. 61. D. ibid.

(*f*) fr. 61. §. 1. D. 31. — const. un. §. 3. 4. 9. C. 6. 51. Ueber die Ausnahmen von dieser Regel ist man nicht einig. Vergl. auf der einen Seite Francke Beitr. S. 125 ff., auf der andern Schneider a. a O. S. 253 ff. und v. Vangerow §. 496. Anm. 3, Nr. V. S. auch Roßhirt Erbrecht S. 457.

(*g*) Die Fälle, in denen dieser Grundsatz zur Anwendung kommt, s. oben §. 627. Nr. 2. §. 651. Nr. 2—4. S. darüber v. Buchholtz jur. Abh. Nr. 7.

§. 698.

2. Bei der Intestaterbfolge insbesondere (*a*).

Bei der Intestaterbfolge tritt das Anwachsungsrecht ein, wenn einer von den mehreren Erben, denen die Erbschaft zunächst deferirt ist, wegfällt (*b*), und zwar nach folgenden besondern Grundsätzen: 1. Die vacante Portion fällt an diejenigen, welche sie erhalten haben würden, wäre der Wegfallende von Anfang an nicht dagewesen, und zwar nach Verhältniß ihrer Antheile an der Erbschaft (*c*). 2. Durch das Eintreten des Anwachsungsrechts wird diejenige Successionsart unter den übrigen Erben nicht geändert, welche beim Tode des Erblassers einmal begründet ist. (*d*).

(*a*) Glück Intestaterbf. S. 147—157.

(*b*) Ueber das bestrittene Verhältniß zwischen dem Anwachsungsrechte und der s. g. successio graduum s. oben §. 619. Nr. 3., besonders Note *e*.

(*c*) fr. 12. pr. D. 37. 4.

(*d*) Glück opusc. Fasc. IV. pag. 151. Dessen Intestaterbf. S. 700 ff. Ueber die verschiedenen Ansichten v. Vangerow §. 421.

§. 699.

3. Bei der testamentarischen Erbfolge.

Bei der testamentarischen Erbfolge beruht das Anwachsungsrecht unter mehreren Miterben besonders auf der Regel: Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest (*a*). Dabei kommt es nun zunächst: 1. auf die Art der Verbindung an, in welche die Erben gesetzt sind. Diese sind nämlich: a) entweder re et verbis coniuncti (welche jetzt auch wohl mixtim coniuncti genannt werden), wenn sie in demselben Satze genannt sind und entweder ganz ohne Bestimmung von Theilen (sine parte) eingesetzt sind, z. B. Titius et Seius heres esto, oder zusammen auf einen bestimmten Theil, ohne Angabe des Antheils eines jeden von ihnen, z. B. Titius et Seius ex parte dimidia heredes sunto; b) oder sie sind re tantum coniuncti, wenn jeder von ihnen zwar auf eine und dieselbe Quote der Erbschaft eingesetzt, aber jeder in einem besonderen Satze genannt ist, z. B. Titius ex parte dimidia heres esto, Seius ex parte, qua Titium heredem institui, heres esto (*aa*); c) oder sie sind verbis tantum coniuncti, wenn sie zwar in demselben Satze genannt sind, jeder von ihnen aber auf eine bestimmte Quote der Erbschaft eingesetzt ist, z. B. Titius et Seius heredes sunto, aequis partibus (*b*); oder endlich sie sind weder re, noch verbis coniuncti, was sowohl bei solchen vorkommen kann, deren Theile bestimmt sind, z. B. Titius heres esto ex semisse, Seius heres esto ex quadrante, als bei solchen, deren Theile unbestimmt sind. Sodann kommt es 2. darauf an, wer wegfällt. Es ist a) Regel, daß die vacante Portion allen übrigen

nach Verhältniß ihrer Antheile an der Erbschaft accrescirt (*c*). b) Eine Ausnahme tritt ein, wenn ein re et verbis coniunctus oder ein re tantum coniunctus hinwegfällt. Hier accrescirt nämlich seine Portion nur denjenigen, die mit ihm coniuncti sind (*d*).

(*a*) Daher findet es auch beim testamento militis niemals ipso iure, sondern nur dann Statt, wenn es der Soldat ausdrücklich angeordnet hat, sonst fällt die vacante Portion an die Intestaterben. fr. 37. D. 29. 1. — const. 1. C. 6. 21.

(*aa*) Wenn es hier weiter heißt: „Sempronius ex parte dimidia heres esto," so werden Titius und Seius als re coniuncti zu der einen und Sempronius wird zur andern Hälfte gerufen. fr. 142. pr. D. 50. 16

(*b*) §. 8. J. 2. 20. — fr. 89. D. 32. — fr. 142. D. 50. 16.

(*c*) fr. 59. §. 3. D. 28. 5. — const. un. §. 10. C. 6. 51. Ausgenommen derjenige, welcher auf eine pars quanta oder auf eine bestimmte Sache eingesetzt ist; diesem steht ein Anwachsungsrecht nicht früher zu, als wenn alle übrigen wegfallen, dann aber auch ohne Zweifel. S. die oben §. 653. Note *i* am E. angeführte Literatur.

(*d*) const. un. §. 10. C. 6. 51. Vergl. übrigens §. 8. J. 2. 20. — fr. 15. pr. fr. 20. §. 2. fr. 59. §. 3. fr. 63. fr. 66. D. 28. 5. — fr. 142. cit. — fr. 1. 11. D. 7. 2. — Göschen observ. iur. Rom. p. 99. — Zimmern röm.-rechtl. Unters. B. 1. Nr. 4. — Schweppe §. 879. — v. Wening-Ingenheim Lehrb. V. §. 187. — Mühlenbruch Lehrb. §. 789. — Göschen Vorles. B. 3. §. 972. — v. Vangerow §. 495. Anm. 2. und 3. — Mühlenbruch Comm. B. 43. S. 303 ff. A. M. sind Viele hinsichtlich der bloßen re coniuncti, z. B. Thibaut im Arch. für civ. Prax. B. 7. S. 406. und Roßhirt test. Erbr. B. 2. §. 165. Auch wollen Manche den verbis tantum coniuncti denselben Vorzug gewähren, wie den re et verbis coniuncti, z. B.: Gans Erbr. B. 2. S. 246 ff. — Mayer a. a. O. S. 215 ff. Erbr. §. 29. — Witte S. 312. — Baumeister §. 23—25. — Huschke in Richter's Jahrb. B. 3. S. 327 ff.

Vierter Abschnitt.

Von den Vermächtnissen und Schenkungen auf den Todesfall.

Quellen: Gajus II. §. 191—289. — Ulp. XXIV—XXV. — Paulus III. 6. IV. 1. — Inst. II. 20—25. — Dig. XXIX. 7. XXX. XXXI. XXXII. XXXIII. XXXIV. XXXV. XXXVI. 1—4. XXXIX. 6. — Cod. VI. 36. 37. 42—54. VIII. 56. (57.)

Literatur: Donelli comm. iur. civ. lib. 8. — Cujacii Recit. ad Dig. Libr. 30. et 31. in opp. T. 7 p. 957 seqq. — Fr. Duareni comm. in Libr. 30. Dig. in opp. p. 478 seqq. — Ernst Christ. Westphal hermeneutisch-systematische Darstellung der Rechte von den Vermächtnissen und Fideicommissen, ingleichen von Codicillen. 2 Theile. Leipzig 1791. — Desselben System der Lehre von den einzelnen Vermächtnißarten und der Erbtheilungsklage. Leipzig 1793. — Geyert Grundzüge der Lehre von den Vermächtnissen. Frankfurt 1829. — Roßhirt die Lehre von den Vermächtnissen nach Röm. Rechte. 2 Theile. Heidelberg 1835. — v. Löhr im Mag. B. 4. (2.) Nr. 6. — Marezoll in s. und Linde's Zeitschr. B. 9. Nr. 4. 9. — Arndts im Rechtslex. B. 6. S. 369 ff. — Mayer die Lehre von den Legaten und Fideicommissen. 1. Abth. Tüb. 1854. (Krit. Ueberschau B. 2. S. 165 ff) — v. Vangerow §. 519 ff. — Vering Erbr. S. 668—816.

Erstes Kapitel.

Von den Codicillen.

§. 700.

1. Begriff und Inhalt der Codicille.

Codicill heißt jede letztwillige Verordnung, welche kein Testament ist (§. 632.) (*a*). 1. Einen Codicill kann nur derjenige errichten, welcher testamenti factio (§. 633 ff.) hat (*b*). 2. Es kann darin keine Institution, keine Ausschließung der Notherben und keine Substitution eines directen Erben vorgenommen oder aufgehoben werden (*c*). Doch kann der Testator den Namen des im Testamente instituirten Erben auch erst im Codicille nennen und eben so kann er im Codicille bestimmen, wie viel der eingesetzte Erbe haben soll (*d*). Alle andern erlaubten Verfügungen auf den Todesfall, wie namentlich Legate und Fideicommisse aller Art, können dagegen in einem Codicille eben so gut angeordnet werden, wie in einem Testamente (§. 667.). 3. Man kann mehrere Codicille errichten, welche neben einander gelten (*e*). Steht indeß eine Disposition des spätern mit einer Disposition des früheren im Widerspruch, so ist die letztere für aufgehoben zu achten (*f*).

(*a*) Inst. 2. 25. — Dig. 29. 7. — Cod. 6. 36. — Donelli comm. iur. civ. lib. 7. c. 18. 19. — Em. Dunius de veteri et novo iure codicillorum. Romae 1752. — J. van Dan Diss. de codicillis. Trai. ad Rh. 1811. — Roßhirt Vermächtn. Th. 1. S. 1 ff. — C. Fein Forts. des Glück'schen Comment. Th. 44. (§. 1509—1513 b.) und Th. 45 (§. 1513 b.—1516 a.). Erl. 1851. — Auch unter dem Titel: Das Recht der Codicille, in 3 Abth. (wovon 2 dem Th. 44 entsprechen und die 3te, S. 485 ff., dem Th. 45.) — Mayer a. a. O. §. 18—28. — Ueber das Historische dieser Lehre s. auch: Hugo RG. S. 768. — Schweppe RG. §. 494. — Gans Scholien zu Gajus S. 330. — Roßhirt S. 3 ff. — Göschen Vorles. B. 3. §. 784. 999. — Witte im Rechtslex. B. 2. S. 670 ff. Ferner s. die §. 702. Note * citirten Schriften.

(*b*) fr. 6. §. 3. D. 29. 7. — fr. 8. § 2. D. ibid. — fr. 2. D. 30. — const. 5. C. 6. 36. — Fein Th. 44. S. 30 ff.

(*c*) §. 2. J. 2. 25. — fr. 2. §. 4. fr. 10. D. 29. 7. — const. 2. 7. C. 6. 36. — Fein Th. 44. S. 75 ff. A. M. v. Gräwell im Arch. f. civ. Pr. B. 43. S. 58 ff. Dagegen s.: Chop das. B. 44. S. 312 ff. und Windmüller B. 45. S. 341 ff. Eine Erwiderung v. Gräwell's s. B. 46. S. 79 ff.

(*d*) D. h. der Erblasser kann so testiren: „ich setze den zu meinem Erben ein, den ich im Codicille nennen werde;" und: „A soll mein Erbe sein zu dem Theile, den ich im Codicille bestimmen werde." fr. 36. 77. D. 28. 5.

(*e*) §. 3. J. 2. 25. — fr. 6. §. 1. D. 29. 7.

(*f*) const. 3. C. 6. 36.

§. 701.

II. Arten der Codicille.

Jeder Codicill setzt eine directe Erbfolge in den Nachlaß des Erblassers voraus. Je nachdem nun die Intestaterbfolge oder die testamentarische vorausgesetzt wird, sind die Codicille: 1. entweder codicilli ab intestato facti, welche von einem Erblasser errichtet werden, der kein Testament hinterlassen will. Diese stehen und fallen für sich (*a*). 2. Oder codicilli ad testamentum facti, welche ein Testator neben seinem Testamente errichtet hat. Sind dieselben im Testamente ausdrücklich bestätigt, was sowohl in praeteritum als in futurum geschehen kann (*aa*), so heißen sie codicilli testamento confirmati (*aaa*). Alle codicilli ad testamentum facti sind als ein Theil des

Testaments selbst anzusehen, weshalb sie auch mit diesem stehen und fallen und wieder aufleben (*b*).

(*a*) fr. 3. pr. fr. 8. §. 1. fr. 16. D. 29. 7. — Fein Th. 44. S. 150 ff.

(*aa*) Ueber confirmatio in praesens s. fr. ult. D. 29. 7. — Fein Th. 44. S. 226.

(*aaa*) Noch zur Zeit des jüngern Plinius scheinen diese allein rechtliche Wirkung gehabt zu haben. Plin. epist. II. 16. — Fein Th. 44. S. 19 ff.

(*b*) fr. 2. §. 2. fr. 3. §. 2. fr. 8. pr. fr. 14. pr. fr. 16. in fin. D. ibid. — Fein Th. 44. S. 146 ff. S. 193 ff. Die vor dem Testamente errichteten Codicille bleiben auch ohne besondere Confirmation giltig, sobald es nur gewiß ist, daß der Testator seinen Willen nicht geändert habe. §. 1. J. 2. 25. Ueber das Verhältniß dieser Stelle zu fr. 5. D. 29. 7. vergl. besonders: Roßhirt S. 77 ff. — Fein S. 168 ff. — v. Vangerow §. 526. — Neuner hered. instit. ex re certa. S. 87 ff.

§. 702.

III. Form der Codicille (*).

Ein Codicill kann sowohl schriftlich als mündlich errichtet werden (*a*). Nach älterem Rechte bedurfte es dazu keiner besonderen Form (*b*). Nach neuerem Rechte sind aber auch die Codicille an eine äußere Form gebunden und darnach ist jetzt zu unterscheiden: 1. Wenn Jemand seinen Codicill unter öffentlicher Auctorität errichtet (§. 638.), so sind keine weiteren Formalitäten erforderlich (*bb*). 2. Ist Jemand in der Lage, in welcher er ein privilegirtes Testament errichten kann, so ist die Testamentsform auch für Codicille ausreichend (*c*). 3. Außerdem müssen der Regel nach bei einem Privatcodicille fünf Zeugen zugezogen werden (*d*), von deren Fähigkeit eben das gilt, was oben (§. 640.) von der Fähigkeit der Testamentszeugen gesagt ist (*e*). Sie müssen rogirt werden (*ee*), und wenn der Codicill schriftlich errichtet wird, denselben unterschreiben und untersiegeln (*f*). In Ansehung der Unterschrift des Codicillanten gilt dasselbe wie bei schriftlichen Testamenten (§. 641.) (*g*). Uebrigens ist Einheit der Handlung auch bei Errichtung des Codicills zu beobachten (*h*). 4. Nach Justinians neuester Vorschrift kann übrigens ein Legat oder Fideicommiß auch ohne alle Form durch einen bloßen Auftrag an den Erben hinterlassen werden, wo aber der Honorirte den Beweis desselben nur durch den dem Onerirten zugeschobenen Eid führen kann (*i*).

(*) S. die im §. 700 Note *a*. citirten Schriften, ferner: Danz de externa codicillorum forma. Lips. 1835. Dens. in Linde's Zeitschr. B. 9. Nr. 8. — Bachofen ausgew. Lehren des R.-Civilr. S. 316 ff. — Fein Th. 44. §. 1512. — Th. 45. §. 1513 g.

(*a*) fr. 5. §. 1. D. 42. 1. — const. 13. C. 1. 2.

(*b*) So stellt sich die Sache nach Justinian's Pandekten dar. Fein Th. 44. S. 339—365. Constantin schrieb für Intestatcodicille dieselbe Form vor, wie für Testamente. const. 1. C. Th. 4. 4. (Vergl. const. 2. eod. von Valentinian, Theodos und Arcadius.) Theodos II. dehnte diese Vorschrift auf die übrigen Codicille aus. const. 7. §. 2. in f. eod. Hiernach hatte man bei Privatcodicillen regelmäßig die Wahl zwischen der Civilform, zu welcher 5, und der prätorischen Form, zu welcher 7 Zeugen gehörten, bis eine spätere Verordnung Theodos' II. (Nov. Theod. Tit. XVI. oder const. 21. C. J. 6. 23.) über die regelmäßigen Formen der Privattestamente neue Vorschriften gab, welche Justinian vervollständigte (besonders in const. 28—30. C. J. eod. und in Nov. 119. c. 9.). Unter Berücksichtigung dieser Neuerungen in der Lehre von den Testamenten nahm Justinian die citirte Theodosische const. 7. §. 2. in f. über die Codicille als const. 8. §. 3. C. J. 6. 36. mit Aen-

derungen auf, in Folge deren die Privatcodicille nun regelmäßig vor 5 Zeugen zu errichten sind. Fein Th. 44. S. 365 ff.

(*bb*) Fein §. 1513 e. im Anf. Th. 45. S. 37—42.

(*c*) J. H. Boehmer de codicillis absque testibus validis. In exerc. ad Pand. T. 5. nr. 78. — G. L. Boehmer de quatuor modis conficiendi codicillos. In elect. iur. civ. T. 1. p. 233. — Fein Th. 44. S. 42 ff.

(*d*) Ueber die Worte des §. 3. J. 2. 25.: „codicilli nullam solennitatem ordination desiderant," s. v. Vangerow a. a. O. und Fein Th. 44. S. 403 ff. Nach der allgemeinen Vorschrift in const. 8. §. 3. C. 6. 36. ist die Zuziehung von fünf Zeugen jetzt bei allen, also auch bei den codicillis testamento confirmatis, erforderlich. Doch waren in Ansehung der letzteren viele Aeltere der Meinung, daß dieselben gar keine Solennität erforderten. J. H. et G. L. Boehmer l. c. — Höpfner Comm. §. 626. — Hugo heut. Röm. Recht, 7. Ausg. S. 218. Und Bachofen a. a. O. behauptet dieses bei testamentarischen Codicillen überhaupt. Dagegen s. unter den neueren Schriftstellern besonders: Roßhirt S. 22 ff. — v. Vangerow a. a. O. — Fein §. 1513 f. Th. 45. S. 79 ff.

(*e*) Ueberhaupt sind die Vorschriften über die äußere Form der Testamente im Zweifel auch auf Codicille anzuwenden. Fein Th. 44. S. 399. ff. S. 420 ff. S. 434 ff. Daß auch beim Codicill die Legatarien und Fideicommissarien Zeugen sein können, unterliegt nach §. 11. J. 2. 10. keinem Zweifel. Fein Th. 44. S. 455 ff.

(*ee*) Fein Th. 44. S. 421 ff.

(*f*) Das Letztere wird gewöhnlich für überflüssig angesehen wegen const. 8. §. 3. C. 6. 36. Allein s. Fein Th. 45. S. 16 ff. — Bei dem Codicille eines Blinden sind nach const. 8. C. 6. 22. ganz dieselben Förmlichkeiten zu beobachten, wie bei dem Testamente eines Blinden (§. 643). v. Löhr im Arch. für die civ. Praxis. B. 2. S. 187. — Glück Th. 34. S. 39 ff. — Danz l. c. p. 233 seqq. — Fein Th. 44. S. 401. Th. 45. S. 75. — Mayer a. a. O. S. 78. Ueber den schriftlichen Privatcodicill desjenigen, der nicht schreiben kann, s. Fein Th. 45. S. 560 ff.

(*g*) const. 28. §. 1. C. 6. 23. Nach der gemeinen Meinung soll die Unterschrift des Codicillanten niemals erforderlich sein, wegen fr. 6. §. 1. 2. D. 29. 7.; allein diese Stelle enthält älteres Recht. — Marezoll in Löhr's Mag. B. 4. (2.) S. 162. — Fein Th. 45. S. 4—21.

(*h*) const. 8. §. 3. C. 6. 36. — Fein Th. 44. S. 469. — Th. 45. S. 4.

(*i*) const. 32. C. 6. 42. — §. 12. J. 2. 23. S. unten §. 706.

§. 703.

IV. Codicillar-Clausel. A. Begriff derselben (*a*).

Da nun bei einem Codicille nicht so viele Formalitäten zu beobachten sind, wie bei einem Testamente, und da ferner in Ansehung des Inhalts eines Codicills nichts so wesentlich ist, als es die Ernennung eines directen Erben und die gehörige Berücksichtigung der Notherben bei einem Testamente ist, so ist es möglich, daß eine letztwillige Disposition, die nach der ursprünglichen Absicht des Erblassers ein Testament sein sollte, wenn ihr auch die Erfordernisse eines Testaments abgehen, doch immer noch die Erfordernisse eines Codicills haben kann. Ist dieses der Fall, so wird die letztwillige Disposition aufrecht erhalten, wenn der Testator ausdrücklich erklärt hat, daß, falls sein Testament als solches zu Recht nicht sollte bestehen können, er dasselbe als Codicill aufrecht erhalten wissen wolle. Dies ist die jetzt s. g. clausula codicillaris (*b*).

(*a*) Sam. Stryk de clausula codicillari; in *Eiusd.* dissertt. iurid. Francof. Vol. I. nr. 18. — Becmannorum consilia et decis. T. I. Cons. 40. nr. 8. 9. — Chr. Ferd. Tauchert Diss. de clausula codicillari. Halae 1825. — Mühlenbruch Städelscher Beerbungsfall S. 277. — J. A. Seuffert Bemerkungen über die Codicillar-Clausel. Würzburg 1828. — Rob. Sickel Diss. de vi clausulae codicillaris in

test. nullo. Lips. 1829. — Roßhirt Verm. B. 1. S. 45 ff. — v. Vangerow §. 527. — Sintenis Civilr. §. 208. Note 11—13. — Fein Th. 45. §. 1514 ff.

(*b*) fr. 29. §. 1. D. 28. 1. Vergl. fr. 88. §. 17. D. 31. — const. 8. §. 1. C. 6. 36. Von selbst versteht sich diese Clausel nicht, wie sich aus fr. 1. D. 29. 7. und fr. 41. §. 3. D. 28. 6. vergl. mit fr. 29. pr. D. 28. 1. ergibt. v. Vangerow a. a. O. Fein a. a. O. S. 191 ff. Ueber ungegründete Ausnahmen, z. B. bei dem Testamente eines Soldaten (nach fr. 3. D. 29. 1.), s. Fein S. 252 ff. Von den wenigen gegründeten Ausnahmen (Fein S. 227 ff.) wird eine oben im §. 677. Note *f* besprochen.

§. 704.

B. Wirkung derselben (*).

Diese Clausel ist überflüssig, wenn bei dem Testamente alle Erfordernisse eines solchen beobachtet sind. Ist dieß aber nicht der Fall, so sind bei der Disposition entweder die zu einem Codicill erforderlichen Formalitäten beobachtet oder auch dieß ist nicht einmal geschehen. Im letzteren Falle hat die Clausel gar keine Wirkung (*a*); im ersteren Falle hingegen bewirkt sie, daß nun das Testament als Codicill betrachtet wird, und dem zufolge die darin enthaltenen Verfügungen als Fideicommisse aufrecht erhalten werden (*b*). Wenn alsdann 1. noch ein früheres giltiges Testament vorhanden ist, so wird die Erbschaft dem in diesem eingesetzten Erben als directem Erben deferirt (*c*), welcher sie jedoch als fideicommissaria hereditas demjenigen restituiren muß, der in dem mit der Codicillar-Clausel versehenen neueren Testamente eingesetzt worden ist; 2. wenn aber kein früheres giltiges Testament vorhanden ist, so fällt die Erbschaft direct an die Intestaterben, die sie jetzt als Fideicommiß restituiren müssen (*d*). In dem einen, wie in dem andern Falle hat der directe Erbe in der Regel das Recht auf die quarta Falcidia und Trebelliana (*e*). 3) Ist übrigens ein Testament mit der Codicillar-Clausel versehen, so muß der darin eingesetzte Erbe wählen, ob er es als Testament oder Codicill anerkannt wissen will. Hat er einmal gewählt, so kann er die Wahl nicht mehr ändern; nur den im Testamente eingesetzten agnatischen Ascendenten und Descendenten des Erblassers (*ee*) bis zum vierten, und den cognatischen bis zum dritten Grade ist es erlaubt, wenn sie anfangs die Giltigkeit des letzten Willens als Testament behauptet haben, damit aber abgewiesen oder zurückgetreten sind, diesen letzten Willen wenigstens als Codicill aufrecht zu erhalten. Haben sie jedoch den letzten Willen anfänglich für einen Codicill erklärt, so können sie späterhin nicht mehr verlangen, daß er als Testament aufrecht erhalten werde (*f*).

(*) Fein Th. 45. §. 1515.

(*a*) Fehlte dem Testator überhaupt die Fähigkeit eine letztwillige Disposition zu errichten, so ist die Clausel ebenfalls unwirksam. Eine Folgerung aus diesem Satze enthält fr. 13. D. 5. 2. Ueber den wahren Sinn dieser Stelle s. v. Vangerow 6. Aufl. a. a. O. Anm. 2. Vgl. Fein a. a. O. S. 344 ff.

(*b*) fr. 2. §. 4. D. 29. 7. — fr. 88. §. 17. D. 31.

(*c*) Wegen §. 7. J. 2. 17. — fr. 2. D. 28. 3. — const. 27. C. 6. 23.

(*d*) const. 29. C. 6. 42. Vergl. const. 9. 10. C. 6. 21. — const. 1. C. 6. 36. — Kind quaest. for. (Ed. I.) T. 1. c. 68. (Ed. II.) T. 1. c. 49. — Francke Notherbenrecht §. 23. 33.

(*e*) fr. 2. §. 4. D. 29. 7.

(*ee*) Auch für Ascendenten ist die Ausnahme nur in dieser Beschränkung zugelassen. Fein a. a. O.

(*f*) const 8. pr. §. 1. 2. C. 6. 36. — Thibaut civ. Abh. S. 154. — Seuffert a. a. O. S. 1—26. — v. Buchholtz jur. Abh. S. 97. Diese wörtliche Erklärung verwirft jedoch Fein a. a. O.

Zweites Kapitel.

Von den Singular-Vermächtnissen (*a*). (Legata et fideicommissa singularum rerum.)

§. 705.

I. Begriff von Vermächtnissen überhaupt und Singularvermächtnissen insbesondere.

Vermächtnisse nennen wir überhaupt alle einseitige letztwillige Verfügungen, wodurch Jemanden auf den Todesfall des Verfügenden Vermögensvortheile auf andere Weise als durch directe Erbeinsetzung zugedacht werden. Sie setzen immer eine directe Erbfolge voraus, und enthalten Auflagen, die entweder einem directen Erben oder einem Andern, der selbst auf den Todesfall bedacht ist, gemacht werden, so daß dabei nothwendig drei Personen vorkommen, die des Vermachenden, die des Honorirten und die des Gravirten. Das alte Civilrecht kannte nur solche Vermächtnisse, die dem directen testamentarischen Erben im Testamente befehlsweise (verbis directis et imperativis) aufgelegt werden, und diese hießen *legata* (*b*). Zur Zeit von Augustus bildete sich aber ein Gewohnheitsrecht, wonach auch bloße Wünsche berücksichtigt werden müssen, die an einen directen Erben oder an eine andere Person der bezeichneten Art im Testamente oder auf andere Weise (codicillus) gerichtet werden, und solche Vermächtnisse (verbis precativis) hießen *fideicommissa* (*c*). Die Unterschiede zwischen den Legaten und den Fideicommissen (*d*), die theils ihre Voraussetzungen (*e*), theils ihre Wirkungen betrafen (*f*), verminderten sich im Laufe der Zeit sehr; die letzten hob Justinian auf, so daß nach Justinianeischem Rechte die Wirkung immer gleich ist, man mag ein Vermächtniß befehlsweise oder bittweise anordnen (*g*). Hinsichtlich des Inhaltes sind besonders zu unterscheiden die Universal- und die Singular-Vermächtnisse. Jene (s. g. fideicommissum hereditatis und s. g. legatum partitionis) gehen auf Herausgabe einer ganzen Erbschaft oder einer Quote derselben und führen nach dem neueren Rechte zu einer successio per universitatem; diese (legata et fideicommissa singularum rerum) haben irgend einen andern Gegenstand und erzeugen je nach Verschiedenheit ihres Inhaltes verschiedene rechtliche Wirkungen, wenn sie aber zu einer Succession führen, so ist es keine Universal-, sonder immer nur eine Singular-Succession. In diesem Kapitel handeln wir von den Singularvermächtnissen.

(*a*) Man s. die oben vor §. 700. angeführten Quellen und Schriften, insbesondere: Inst. II. 20—22. 24. — Dig. 30. 31. 32. — Cod. VI. 37. 42. 43.

(*b*) §. 1. J. 2. 20. „Legatum est donatio quaedam a defuncto relicta, ab herede praestanda.“ fr. 116. pr. D. 30. „Legatum est delibatio hereditatis, qua testator ex eo, quod universum heredis foret, alicui quid collatum velit.“ — fr. 36. D. 31. — v. Buchholtz jur. Abh. B. 1. S. 164.

(*c*) Ein gemeinschaftliches Substantiv für Legate und Fideicommisse, wie unser Vermächtniß, gibt es in der Römischen Sprache nicht, wohl aber wird relinquere von Beiden gebraucht, z. B. fr. 5. pr. D. 31. — fr. 14. §. 3. D. 34. 1.

(*d*) Vergl. darüber: Gajus II. §. 190 - 289. — Ulp. tit. 24. u. 25. — Paulus III. 6. — Donelli comm. iur. civ. Lib. 8. c. 2. — Gans Scholien zum Gajus

S. 330 ff. — Schweppe RG. §. 490. — G. MARTIN lanx satura discriminum inter legatorum fideicommissorumque species quasdam obtinentium. Gött. 1787. — v. Löhr Mag. B. 4. (2.) S. 78 ff. — VAN DE WYNPERSSE diss. iur. ad locum iuris romani, qui est de fideicommissis, s. de fideicommissor. romanor. histor. L. B. 1822., bes. cap. 4. p. 143 seqq. — FELSECKER de exaequatione legator et fideicommissor. Bamb. 1827. §. 6 seqq. — Roßhirt B. 1. S. 92 ff. — Marezoll in s. Zeitschr. B. 9. S. 63 ff.

(*e*) Legate konnten, seitdem es rechtsverbindliche Fideicommisse gab, auch in Codicillen, aber nur in codicillis testamento confirmatis, hinterlassen werden, bis Justinian alle Unterschiede aufhob.

(*f*) Von beiderlei ehemaligen Verschiedenheiten wird in Anmerkungen zu den folgenden Paragraphen das Wichtigste herausgehoben werden.

(*g*) const. 1. 2. C. 6. 43. — §. 3. J. 2. 20. — fr. 1. D. 30. — Thibaut Syst. §. 745. — Löhr a. a. O. S. 85 ff. — Müller im Arch. für civ. Pr. B. 14. S. 309. — FELSECKER l. c. §. 27 seqq. — Roßhirt S. 106 ff. — Marezoll a. a. O. S. 251 ff.

§. 706.

II. Errichtung derselben.

Ein Legat und Fideicommiß kann in jedem giltigen letzten Willen, es sei ein Testament oder ein Codicill, hinterlassen werden (§. 700. und 705. Note *e*.). Besonders merkwürdig ist aber außerdem noch eine Verordnung Justinians (*a*), nach welcher jedes Legat oder Fideicommiß gelten soll, wenn es auch ohne alle Form, aber in einer an den Onerirten schriftlich oder mündlich abgegebenen Erklärung hinterlassen worden ist, jedoch nur dann, wenn der Honorirte den Beweis desselben durch den Eid des Onerirten führen will. Die Neuern nennen dieß ein legatum s. fideicommissum heredi praesenti iniunctum (*b*). Will der Honorirte den Beweis auf andere Art führen, so kann er das Legat nur dann in Anspruch nehmen, wenn es in einem förmlichen Testamente oder Codicille ausgesetzt worden ist, doch findet in diesem Falle ohne Zweifel auch Beweis durch Eidesdelation Statt (*c*).

(*a*) const. 32. C. 6. 42. — §. 12. J. 2. 23. — const. 13. C. 4. 1.

(*b*) L. L. G. Süptitz über den Beweis eines dem Fiduciare vom Testirer mündlich aufgelegten Fideicommisses. Braunschw. und Helmst. 1804. — KIND quaest. for. T. 2. c. 74. (Ed. II.) T. 2. c. 41. Besonders aber: v. Löhr im Arch. für civ. Pr. B. 2. S. 188. — v. Bülow Abh. Th. 2. Nr. 10. — Roßhirt B. 1. S. 66 ff. — v. Vangerow §. 528. — Sintenis a. a. O. Note 14.

(*c*) PUFENDORF T. 1. Obs. 138. — KOCH Bonorum Possessio p. 246. und Hugo in der Rec. dieser Schrift in den Gött. gel. Anz. 1799. S. 177. (Dessen Beitr. zur civil. Bücherkenntniß B. 1. S. 409.)

§. 707.

III. Von den Subjecten bei denselben.

In Ansehung der bei einem Vermächtnisse vorkommenden Personen ist zu bemerken: 1. nur derjenige, welcher testamenti facto (activa) hat (§. 633.), kann ein Vermächtniß errichten (*a*); 2. nur demjenigen, welcher testamenti factio (passiva) hat (§. 651.) kann ein solches (*aa*) hinterlassen werden (*b*); 3. die Entrichtung eines solchen kann jetzt Jedem aufgegeben werden, der aus dem Nachlasse des Verstorbenen etwas erhält (*c*). Nur darf ihm in der Regel nicht mehr aufgelegt werden, als er selbst erhält (*cc*). Hat der Testator nicht besonders bestimmt, wer das Vermächtniß präſtiren solle, so ist dieses als dem Erben auferlegt anzusehen und von mehreren Erben

haftet jeder nach Verhältniß seines Erbtheiles für jedes schlechthin hinterlassene Vermächtniß (*d*). 4. Dem Erben kann indeß nicht aufgegeben werden, sich selbst ein Vermächtniß auszuzahlen (*e*). Wenn daher mehrere Erben vorhanden sind, und dem einen von ihnen etwas von der ganzen Erbschaft zum Voraus vermacht wird (praelegatum), so ist ihm hiervon nur der Theil giltig vermacht, welchen die Miterben nach Verhältniß ihrer Erbportion dazu beitragen müssen, nicht auch der übrige Theil, den sich der Erbe nach Verhältniß seiner Erbportion selbst auszahlen müßte, sondern diesen bekommt er als Erbe, wenn er nicht Collegatare hat, wie sie sein müssen, um ein Accrescenzrecht zu haben (§. 715.), denn sonst accrescirt er diesen (*f*).

(*a*) fr. 2. D. 30. — fr. 114. pr. §. 1. D. ibid.

(*aa*) Bei Fideicommissen kam es darauf ursprünglich nicht an. Gaj. II. §. 284 seqq. S. aber schon Ulp. XXV. §. 6.

(*b*) §. 24. J. 2. 20. — Alimente können indeß auch einem Unfähigen hinterlassen werden. fr. 11. D. 34. 1. Ueber posthumi s. oben §. 651 Note c., und über collegia fr. 20. D. 34. 5. vergl. mit const. 8. C. 6. 24. — Ueber die Frage: zu welcher Zeit der Legatar fähig sein muß? s. man: Aug. Guil. de Schroeter Observ. iur. civ. Jenae 1826. Obs. 6.

(*c*) Ehedem konnte ein Legat nur dem directen testamentarischen Erben aufgelegt werden. Ulp. XXIV. §. 20.

(*cc*) §. 1. J. 2. 24. — fr. 15. D. 29. 7. — fr. 114. §. 3. D. 30. — fr. 1. §. 6. D. 32. — fr. 1. §. 17. fr. 17. §. 2. D. 36. 1.

(*d*) fr. 33. pr. D. 31. — const. un. §. 8. C. 6. 51.

(*e*) fr. 116. §. 1. D. 30. „Heredi a semet ipso legatum dari non potest, a te coherede potest."

(*f*) fr. 76. §. 1. fr. 86. fr. 91. D. 35. 2. — fr. 18. §. 3. D. 36. 1. — fr. 34. §. 12. D. 30. — fr. 75. §. 1. D. 31. Ueber die ganze Lehre: Jac. Voorda interpret. et emend. iur. Rom. Lib. 2. c. 2—5. — Burk. Guil. Pfeiffer de praelegatis. Marb. 1798. — Nettelbladt system. Entwickelung der Lehre von den Prälegaten. Rostock und Leipz. 1802. (S. darüber: Pfeiffer verm. Aufsätze S. 373.) — L. v. d. Pfordten Diss. de praelegatis. Erlang. 1832. — Roßhirt Verm. B. 1. S. 250 ff. Zeitschr. B. 5. S. 268 ff. — Claussen in der schleswig-holstein. jur. Zeitsch. Jahrg. 1845. H. 1. S. 144 ff. — A. A. v. Buchholtz die Lehre von den Prälegaten. Jena 1850. — v. Vangerow im Arch. f. civ. Pr. B. 35. S. 260 ff. — Arndts im Rechtslex. B. 6. S. 288 ff. — Sintenis Civilr. §. 210. — Ueber fr. 75. §. 1. cit. s. Schütze in Bekker's Jahrb. B. 3. Nr. 20. I.

§. 708.

IV. Von dem Object derselben. A. Im Allgemeinen.

Gegenstand eines Vermächtnisses kann in der Regel alles sein, was Gegenstand einer obligatio sein kann (*a*). Unfähig sind namentlich Sachen, welche der Legatar nicht erwerben kann (*b*), und Sachen, die ihm zur Zeit der Errichtung des Vermächtnisses schon gehören (*c*). Dagegen können giltig vermacht werden: 1. sowohl Sachen, als Handlungen, welche dem Legatar geleistet werden sollen (*d*); 2. sowohl gegenwärtige, als künftige Sachen, nur muß Hoffnung vorhanden sein, daß die letztern einmal zur Existenz kommen (*e*); 3. sowohl einzelne Sachen und bestimmte Summen als auch universitates rerum (*ee*). Ist Jemanden insbesondere eine bestimmte Summe Geldes oder oder sonst eine Quantität vertretbarer Sachen vermacht, so heißt es ein legatum quantitatis (*f*). Eine Art desselben ist auch das Vermächtniß einer jähr-

lichen oder überhaupt terminweise zu zahlenden Rente (annuum legatum, menstruum legatum u. s. w.) (*g*), bei welchem das Besondere eintritt, daß jeder Termin desselben als ein für sich bestehendes Legat angesehen wird (*h*). Ferner können 4. sowohl eigene Sachen des Erblassers, als auch Sachen, die dem Erben (*i*) oder irgend einem Dritten zugehören, vermacht werden, welche letzteren alsdann derjenige, dem die Entrichtung des Legats aufgegeben ist, zu kaufen suchen, und dem Legatar einhändigen, oder, wenn dieß nicht möglich ist, den Werth prästiren muß, vorausgesetzt jedoch, daß der Erblasser wußte, daß die Sache, welche er vermachte, eine fremde Sache sei, denn wußte er dieß nicht, so ist das Legat in der Regel ungiltig (*k*). Endlich 5. können sowohl körperliche als unkörperliche Sachen den Gegenstand eines Legats ausmachen (§. 709.).

(*a*) Bei Fideicommissen galt dieses von jeher. Bei Legaten dagegen kam es ursprünglich auf die Fassung an. 1. Per damnationem, d. h. durch eine Formel, wie die: heres meus *damnas esto dare* (*facere*) oder: heres meus *dato* (*facito*), konnte Alles legirt werden, was Gegenstand eines Singularvermächtnisses sein konnte. 2. Dagegen per vindicationem, d. h. mit der Formel: Titio *do lego*, z. B. domum meam, konnte nur dasjenige legirt werden, was dem Testator zur Zeit des Todes, und, wenn es nicht eine vertretbare Sache im engern Sinne war, auch schon zur Zeit der Errichtung des Legates, ex iure Quiritium gehörte. 3. Sinendi modo, d. h. durch eine Formel, wie die: heres meus *sinito* Titium sibi sumere, z. B. domum meam, konnte nur dasjenige legirt werden, was wenigstens im Augenblicke des Todes dem Testator oder dem onerirten Erben gehörte. 4. Per praeceptionem, d. h. mit der Formel: Titius sibi praecipito, z. B. domum meam, konnte in der Regel nur ein Gegenstand legirt werden, der dem Testator gehört; jedoch reichte es, wenn der Legatar, wie gewöhnlich, ein Miterbe war, schon hin, daß der Testator das bonitarische Eigenthum hatte, oder daß der Gegenstand einem Gläubiger gehörte, dem er fiduciae causa von dem Erblasser übertragen worden war. Gaj. II. §. 193. 196. 201—203. 209. 211. 216. 220. 222. 261. — Ulp. XXIV. §. 2—11. XXV. §. 5. — Paul. III. 6. §. 8—11. — Es konnte hiernach leicht vorkommen, daß ein Legat nur deswegen ungiltig war, weil es in eine Formel eingekleidet war, in welcher der Gegenstand nicht legirt werden konnte. Es war daher eine bedeutende Milderung des bisherigen Rechtes, was das SCtum Neronianum unter Nero verordnete, daß nämlich jedes Legat, welches nicht per damnationem, sondern in einer andern Formel angeordnet ist, wenn der Legatar es verlangt, angesehen werden soll, als wäre es per damnationem angeordnet. Gaj. II. §. 197. 198. 212. 218. 220. 222. — Ulp. XXIV. §. 11 a. — Nach einer Verordnung von Constantin's Söhnen sollte es überhaupt (auch hinsichtlich der Wirkungen eines in jeder Formel giltigen Legates) nicht mehr auf die alten Formeln ankommen. const. 21. C. 6. 37. Wäre aber noch irgend ein Unterschied zwischen Legaten und Fideicommissen hinsichtlich des Gegenstandes übrig geblieben (wie dieses bei den Universalvermächtnissen allerdings der Fall war), so wäre es durch Justinian's Verordnungen (§. 705. Note *g*.) hinweggefallen.

(*b*) §. 4. J. 2. 20. verb. mit fr. 49. §. 2. D. 31. und fr. 41. §. 1. D. 30. Jedoch sind ausgenommen: fremde Sachen, die der Legatar nicht haben darf, fr. 40. D. 30., so wie solche Sachen, die nicht aus rechtlichen, sondern nur aus factischen Gründen seinem commercium entzogen sind, fr. 114. §. 5. D. 30. In diesen beiden Fällen ist die aestimatio zu bezahlen. — Chr. Ern. Francke (Pr. Car. Henr. Geissler) de legato rei commercio exemtae. Viteberg. 1788. — Jo. Car. Christ. Glück comm. ad fr. 49. §. 2. de leg. II. Erlang. 1817. Dem Letztern stimmen auch bei: Roßhirt B. 1. S. 224 ff. — v. Vangerow §. 525. Anm. — Puchta §. 528. Note *h*. und Vorles. dazu.

(*c*) §. 10. J. 2. 20. Eine Ausnahme tritt namentlich alsdann ein, wenn die Sache unter einer Bedingung vermacht und zur Zeit der Erfüllung derselben veräußert ist. fr. 41. §. 2. D. 30. — fr. 1. §. 2. D. 34. 7. — fr. 98. D. 35. 1. Diese Ausnahme tritt auch ein bei der Bedingung: „si vivo me alienaverit." fr. 1. §. 2. D. 34. 7.

(*d*) Nur müssen diese von der Art sein, daß man zu ihrer Vornahme obligirt werden kann, namentlich müssen es erlaubte Handlungen sein. fr. 12. D. 32. — fr. 112. §. 14. D. 30. Auch muß die Leistung dem Legatar einen Nutzen gewähren. S. z. B.: §. 10. 7. 2. 20. — fr. 114. §. 14. D. 30.

(*e*) §. 7. J. 2. 20. — fr. 24. pr. D. 30. — fr. 17. D. 32.

(*ee*) Auch eine Quote der ganzen Erbschaft oder die ganze Erbschaft kann Jemanden vermacht werden (§. 705.); alsdann ist aber ein Universalvermächtniß vorhanden, und von diesem wird in dem folgenden Kapitel gehandelt.

(*f*) fr. 34. §. 3. 4. D. 30. — D. 33. 6. — Roßhirt B. 2. S. 73 ff.

(*g*) Dig. 33. 1. Ueber das legatum alimentorum: Dig. 34. 1. — Roßhirt B. 2. S. 81 ff. — Ueber das annuum legatum: G. L. Böhmer's Rechtsfälle B. 1. Resp. 10. Nr. 64. 65. Resp. 33. Nr. 7—9. B. 2. Resp. 104. Nr. 10—12. — Car. Gabr. Köster Diss. sistens quaedam e materia de annuis legatis. Kil. 1819. — Roßhirt B. 2. S. 98 ff.

(*h*) fr. 10. D. 36. 2. — fr. 4. D. 33. 1. Vergl. unten §. 712.

(*i*) Der Erbe muß diese alsdann präſtiren, ohne sich durch Anbieten des Werthes derselben davon befreien zu können. fr. 71. §. 4. D. 30. — const. 25. C. 6. 42. — Roßhirt B. 2. S. 137.

(*k*) §. 4. J. 2. 20. — §. 1. J. 2. 24. — const. 10. C. 6. 37. — fr. 57. D. 30. und darüber Mühlenbruch im Arch. für civ. Pr. B. 15. S. 393. — Ueber den Fall, wo der Legatar eine ihm vermachte fremde Sache noch bei Lebzeiten des Testators erwirbt, s. man §. 6. J. 2. 20. und über das legatum rei alienae überhaupt: Greg. Majansii Diss. de legato rei alienae; in Disput. iuris. T. 1. nr. 20. — Jo. Aug. Car. Warneyer (Pr. Dan. Nettelbladt) Diss. de legato rei alienae, quae est res tertii. Halae 1788. — Car. Aug. Gottschalk Diss. de legato rei alienae. Dresd. 1800. — Roßhirt B. 2 S. 148 ff.

§. 709.

B. Vermächtnisse unkörperlicher Sachen.

Zu den Vermächtnissen unkörperlicher Sachen gehört insbesondere: 1. das legatum nominis, wenn der Erblasser Jemanden dasjenige vermacht, was er oder sein Erbe von einem Dritten zu fordern hat (*a*). 2. Das legatum liberationis, wenn der Erblasser Jemanden dasjenige vermacht, was dieser ihm oder dem Erben, oder einem dritten schuldig ist (*b*). 3. Das legatum debiti, wenn der Erblasser seinem Gläubiger dasjenige vermacht, was er ihm schuldig ist (*c*). 4. Das Vermächtniß einer persönlichen oder Prädial-Servitut (§. 291 d.) (*d*); 5. das Vermächtniß eines Pfandrechts (§. 308.) (*e*).

(*a*) §. 21. J. 2. 20. — fr. 44. §. 6. D. 30. Existirt indeß die Forderung nicht, oder hat sie bei Lebzeiten des Testators aufgehört zu existiren, so ist das Legat ungiltig, ausgenommen, wenn das nomen blos demonstrationis causa genannt sein sollte. §. 21. J. 2. 20. — fr. 75. §. 1. 2. D. 30. — Vergl. fr. 96. pr. D. ibid. — fr. 27. §. 2. D. 32. — Haubold de legato nominis. Lips. 1793. et in *Eiusd.* opusc. acad. ed. Wenck. Vol. I. pag. 497. — Roßhirt B. 2. S. 228 ff.

(*b*) §. 13. J. ibid. Vergl. fr. 3. §. 3. fr. 25. D. 34. 3. — Ev. Ottonis Diss. de liberatione ab indebito legata; in Oelrichs Thes. Vol. 3. T. 2. pag. 331. — Geiger und Glück merkw. Rechtsfälle B. 1. Nr. 2. — v. Bülow Abhandl. B. 2. nr. 13. — Ueber fr. 25. D. 34. 3. s. besonders: Averanii interpretat. Lib. 5. cap. 22. — Cujacius ad L. 25. D. de liberat. leg. in Lib. 10. quaest. Pauli; in *Eiusd.* oper. post. T. 2. pag. 1141. und Lud. Arndts Diss. ad L. 25. D. de liberatione legata. Berol. 1825. (Wächter in der Tüb. krit. Zeitschr. B. 2. S. 186 ff.) — Roßhirt B. 2. S. 276 ff. — v. Vangerow §. 555.

(*c*) §. 14. 15. J. ibid. — fr. 4. D. 37. 7. — fr. 84. §. 6. D. 30. — fr. 82. pr. fr. 85. D. 31. — const. un. §. 3. C. 5. 13. — Jo. Ger. Müller (praes. Chr. Rau) de legato debiti. Lips. 1788. — Roßhirt B. 2. S. 304.

(*d*) §. 1. J. 2. 4. — §. 4. J. 2. 3. — Dig. 33. 2. u. 3. — Maur. Ger. Bauer Diss. de legato usufructus. Lips. 1795. — Wenn dem Einen die Proprietät einer Sache,

dem Andern der Niesbrauch derselben vermacht worden ist, so sollen nach fr. 19. D. 33. 2. dennoch Beide gleiches Nutzungsrecht haben. Nach const. 23. C. 6. 37. soll dieses jetzt nicht mehr gelten. GUIL. FRANCKE observat. de iure legator et fideicomm. Jenae 1832. Obs. 2. Dagegen s. aber: Roßhirt B. 1. S. 297. — Schneider Anwachsungsr. S. 296 ff.

(*e*) fr. 26. pr. D. 13. 7. — Roßhirt B. 2. S. 209 ff.

§. 710.

C. Legatum speciei et generis.

Ist die Sache, welche den Gegenstand eines Legats ausmacht, ihrem Individuum nach bestimmt, so ist es ein s. g. legatum speciei; ist sie hingegen nur ihrer Gattung nach bestimmt, und gehört doch nicht zu den res, quae pondere, numero vel mensura constant, so ist es ein legatum generis (§. 149.). Das letzte ist ungiltig, wenn die Gattung so allgemein ist, daß auch völlig unnütze Sachen darunter begriffen sind, oder wenn der Erblasser gar keine Sachen der vermachten Gattung hinterläßt, und doch auch nicht angeordnet hat, daß eine solche für den Legatar angeschafft werden soll (*a*). Wenn sich dagegen Sachen der vermachten Gattung in der Erbschaft vorfinden, so wählt derjenige, welchem der Testator das Wahlrecht zugestanden hat. Ist dieß der Legatar selbst, so heißt das Vermächtniß ein legatum optionis s. electionis (*aa*) und dann darf der Legatar das beste Stück wählen; ist es hingegen der Erbe, so darf er nicht gerade das schlechteste Stück auswählen (*b*). Hat der Testator Niemanden ausdrücklich die Wahl zugestanden, so wählt nach Justinianeischem Rechte in der Regel der Legatar (*bb*), und nur wenn es sich um eine fremde Sache handelt, hat der Erbe, wie der Schuldner bei Obligationen überhaupt, das Wahlrecht. Doch darf in jenem Falle weder der Legatar das beste, noch in diesem der Erbe das schlechteste Stück auswählen (*c*).

(*a*) fr. 71. pr. D. 30. — fr. 69. §. 4. D. 23. 3.

(*aa*) Dieses wurde früher als bedingt angesehen, was Justinian ändert. §. 23. J. 2. 20. Vergl. §. 712.

(*b*) §. 23. J. 2. 20. — fr. 2. D. 33. 5. — fr. 110. D. 30. — JAC. VOORDA interpret. et emend. iur. Rom. Lib. 1. c. 9. — GE. CHRIST. GEBAUER tit. Dig. de optione legata illustratus. Gött. 1747. et in eiusd. Exercit. acad. T. 1. p. 403. — P. C. G. ANDREAE Diss. de legato optionis. Lips. 1798.

(*bb*) Früher war dieses offenbar nur bei dem leg. per. vindicationem der Fall.

(*c*) §. 22. J. 2. 20. Vergl. fr. 20. fr. 37. pr. fr. 108. §. 2. D. 30. — fr. 2. §. 1. D. 33. 5. — GUIL. FRANCKE observat. de iure legatorum et fideicommissornm. Jenae 1832. Obs. 1. S. auch überhaupt: Roßhirt B. 2. S. 6 ff. — v. Vangerow §. 549. — Arndts im Rechtslex. B. 6. S. 333 ff. — Sintenis Civilr. §. 217. Note 28.

§. 711.

V. Von der Modalität der Vermächtnisse.

Soviel die Modalität eines Vermächtnisses anbetrifft, so kann es sowohl pure hinterlassen werden, als auch sub conditione, und zwar ist hier jede an sich erlaubte Bedingung zulässig, also auch eine resolutive, aber eine captorische ist hier ebenso verboten, wie bei Erbeinsetzungen (*a*). Dagegen ist es nach Justinianeischem Rechte erlaubt, dem Erben oder einem Honorirten ein Vermächtniß als Strafe auf den Fall aufzulegen, wenn er eine gewisse Handlung nicht thun, oder eine gewisse Handlung nicht unterlassen (*aa*) werde

(legatum poenae nomine ad coërcendum heredem relictum) (*b*). Ferner kann ein Vermächtniß errichtet werden sub die, und zwar ohne Unterschied, ob die Zeit gewiß oder ungewiß, und ob sie als Anfangs= oder Endtermin hinzugefügt wird (*c*); endlich auch sub causa, oder sub modo, oder sub demonstratione (*d*). Von der Willkühr eines Dritten kann ein Vermächtniß nicht mehr abhängig gemacht werden als eine Erbeseinsetzung (*e*) und von der Willkühr des Onerirten nicht mehr als eine andere Forderung von der des Schuldners (*f*).

(*a*) fr. 64. D. 30. — Thibaut Versuche B. 1. Nr. 4.

(*aa*) Nur darf dort die Handlung und hier die Unterlassung nicht unsittlich oder unanständig sein.

(*b*) (Uebrigens gehört zu den poenae nomine relicta, die vor Justinian regelmäßig ungiltig waren, auch die unter solcher Bedingung geschehene Ernennung eines Miterben oder Collegatars.) §. 36. J. 2. 20. — Dig. 34. 6. — const. un. C. 6. 41. — Ulp. XXIV. §. 17. — Gajus II. §. 235. — Jo. Gfried. Sammet Diss. de legatis poenae nomine. Lips. 1784. — Greg. Majansii Disp. iur. civ. T. 2. disp. 42. — Gust. Bern. Becmann Diss. de legatis poenae nomine relictis. Halae 1748. — P. Mercus Diss. de legatis poenae nom. relictis L. B. 1807. — Thibaut civil. Abhandl. S. 57. — Goeschen observ. iur. Rom. Obs. 3. (Darüber: Hugo in den Gött. gel. Anz. 1812. S. 119.) — Schilling Bemerkungen über Rechtsgesch. S. 202 ff. — W. Sell Vers. B. 2. S. 273 ff. — Roßhirt B. 1. S. 367 ff. — v. Keller Grundr. S. 368 ff.

(*c*) Also auch ex die certo und ad diem, was bei der Erbeinsetzung nicht zuläßig ist (§. 653.). Der dies incertus a quo wird als Bedingung betrachtet, fr. 75. D. 35. 1. — fr. 4. pr. fr. 21. pr. fr. 22. pr. D. 36. 2. — fr. 49. §. 1—3. D. 30. — ausgenommen, wenn es der Todestag des Honorirten ist, sowie wenn nicht das Recht auf das Legat selbst davon abhängig gemacht worden ist, sondern nur die Auszahlung desselben erst die existente erfolgen soll. const. 3. 5. C. 6. 53. Vergl. auch §. 712. Note *e*.

(*d*) Dig. 35. 1. Ueber die causa: §. 31. J. 2. 20. — fr. 17. §. 2. 3. fr. 72. §. 6. D. 35. 1. Ueber den modus: fr. 17. §. 4. ibid. — Majansius T. 2. disp. 41.

(*e*) Vergl. §. 653. Note *dd*. und fr. 43. §. 2. fr. 75. pr. D. 30. — fr. 1. D. 31. — fr. 11. §. 7. D. 32. — fr. 52. D. 35. 1. — fr. 46. pr. §. 1—5. D. 40. 5.

(*f*) fr. 46. §. 4. D. 40. 5. Vergl. fr. 8. D. 44. 7. — fr. 17. fr. 46. §. 3. fr. 105. §. 1. D. 45. 1. Das in der Beschränkung weiter gehende fr. 43. §. 2. D. 30. erklärt sich aus der früheren Unzuläßigkeit der legata poenae nomine relicta und gilt daher nicht mehr.

§. 712.

VI. Von der Erwerbung der Vermächtnisse. A. Quando dies legati vel fideicommissi cedit et venit?

In Beziehung auf die Erwerbung und Einforderung eines Legats sind die beiden Ausdrücke: dies legati cedit und dies legati venit, zu bemerken: Dies legati cedit heißt: der Legatar hat das Recht auf das Legat erworben, so daß er es von diesem Augenblicke an auf seine Erben transmittirt. Dies legati venit heißt: der Legatar oder sein Erbe ist berechtigt, die Präſtation des Legats zu verlangen (*a*). In Ansehung der Frage: Quando dies legati cedit aut venit? muß man nun unterscheiden: 1. bei einem unbedingten Vermächtnisse, sollte es auch sub modo, sub conditione resolutiva, in diem oder ex die (*aa*) hinterlassen sein, erwirbt der Legatar das Recht auf dasselbe (dies legati cedit) sogleich im Augenblicke des Todes des Erblassers (*b*), es wäre denn, daß es ein solches wäre, welches nicht auf die Erben des Legatars übergeht, z. B. das legatum usus fructus, wo er es erst in dem Augenblicke

erwirbt, in welchem der Erbe die Erbschaft erwirbt (*c*). Auf die Prästation des Legats kann aber immer erst dann geklagt werden (dies legati venit), wenn der Erbe die Erbschaft erworben hat, und, wenn es ein legatum ex die relictum ist, erst dann, wenn der Tag eingetreten ist (*d*). 2. Bei einem unter einer Suspensivbedingung hinterlassenen Vermächtnisse hingegen hängt die Erwerbung des Rechts des Legatars von dem Eintritte der Bedingung ab, und eben so bei einem Vermächtniß unter einem eine Bedingung in sich schließenden dies incertus a quo von dem Eintritt des Tages (*e*). Fordern kann es der Legatar aber auch hier erst dann, wenn der Erbe die Erbschaft erworben hat (*f*). 3. Bei einem annuo legato wird, wenn es nur in Rücksicht des Anfangs unbedingt ist, der erste Termin gleich im Augenblicke des Todes des Erblassers erworben, jeder der folgenden aber erst dann, wenn der Legatar den jedesmaligen Anfang derselben erlebt, wo er alsdann aber auch ein Recht auf den ganzen Termin erwirbt und dieses auf seine Erben transmittirt (*g*).

(*a*) Dig. 36. 2. — Cod. 6. 53. — fr. 213. pr. D. 50. 16. „*Cedere* diem significat, incipere deberi pecuniam: *Venire* diem significat, eum diem venisse, quo pecunia peti possit." fr. 5. pr. D. 36. 2. „Si post diem legati cedentem legatarius decesserit, ad heredem suum transfert legatum."

(*aa*) Nämlich ex die certo oder zwar ex die incerto, aber so, daß dieser keine Bedingung in sich schließt. S. §. 711. Note *c*.

(*b*) fr. 5. §. 1. fr. 21. pr. D. ibid. — const. un. §. 1. 5. C. 6. 51. — Reinhardt verm. Aufsätze Heft 1. nr. 11. Vergl. auch: Zimmern im Arch. für civil. Pr. B. 9. S. 357. und darüber: Puchta in Schunck's Jahrb. B. 6. S. 7.

(*c*) fr. 2. 3. 8. D. 36. 2. — fr. un. §. 2. D. 7. 3. — Eine Ausnahme hiervon macht das legatum operarum servi et animalis. fr. 2. D. 33. 2. S. oben §. 285.

(*d*) fr. 32. pr. D. 31. — fr. 21. pr. D. 36. 2.

(*e*) fr. 5. §. 2. D. ibid. — const. un. §. 7. C. 6. 51. — fr. 1. §. 14. D. 36. 3. — fr. 4. pr. fr. 21. pr. fr. 22. pr. D. 36. 2. — fr. 49. §. 1—3. D. 30. — const. 3. 5. C. 6. 53. — Günther rechtl. Bemerkungen Th. 1. Nr. 1. Vergl. §. 711. Note *c*.

(*f*) fr. 32. pr. D. 31.

(*g*) fr. 4. fr. 8. D. 33. 1. — fr. 12. pr. § 1. fr. 23. D. 36. 2. — Vergl. oben §. 708. Note *g*. *h*.

§. 713.

B. Erwerb der Rechte, welche den Gegenstand des Vermächtnisses ausmachen.

Von dem Erwerbe des Rechts auf das Vermächtniß, von welchem die Transmission desselben abhängt, ist wohl zu unterscheiden der Erwerb der Rechte, welche den Gegenstand des Vermächtnisses ausmachen. Das Recht auf das Vermächtniß erwirbt der Legatar oder Fideicommissar, sobald dies legati vel fideicommissi cedit, und zwar von Rechtswegen, selbst ohne sein Wissen, und ohne daß eine Annahme desselben erforderlich wäre (*a*), und eben so steht es ihm wie seinem Erben frei, das Vermächtniß auszuschlagen, wo er dann so angesehen wird, als habe er nie ein Recht daran gehabt (*b*). So viel aber den Erwerb derjenigen Rechte anbetrifft, welche der Vermächtnißnehmer durch das Vermächtniß erhalten soll, so sind folgende Fälle zu unterscheiden: 1. Das Eigenthum der vermachten Sache erlangt er in der Regel erst durch die Tradition von Seiten des Onerirten und nur bei dem Vermächtnisse einer dem Erblasser eigenthümlich zugehörigen Species (*bb*) wird er von Rechtswegen Eigenthümer, sobald dies legati cedit et venit (*c*). 2. Das ihm an einer Sache

des Erblassers vermachte ius in re erwirbt er ebenfalls ipso iure, sobald die Erbschaft angetreten ist. 3. Die ihm vermachte Forderung erwirbt er aber immer erst durch Cession von Seiten der Erben, doch hat er auch ohne diese eine utilis actio (*d*). 4. Ist ihm endlich die ganze Erbschaft oder eine Quote derselben vermacht worden, so erlangt er ebenfalls zunächst nur eine Forderung gegen den Erben auf Herausgabe derselben (*e*).

(*a*) fr. 81. §. 6. D. 30. — fr. 75. §. 1. fr. 80. D. 31. — const. 6. C. 6. 53. Ausgenommen, wenn es ihm ausdrücklich mit der Bedingung „si volet" hinterlassen worden ist, wo er es nicht eher erwirbt, als bis er sich darüber erklärt hat. fr. 65. §. 1. D. 30. — fr. 69. D. 35. 1.

(*b*) fr. 44. §. 1. fr. 38. § 1. fr. 86. §. 2. D. 30. Zum Theil annehmen, zum Theil ausschlagen kann er es aber nicht. fr. 38. pr. D. ibid. — fr. 4. 58. D. 31.

(*bb*) Das s. g. legatum quantitatis erzeugt nur eine Forderung auf Tradition, auch wenn sich Sachen der fraglichen Art in der Erbschaft befinden; anders ist es bei dem s. g. legatum generis.
fr. 80. D. 31. — fr. 64. D. 47. 2. — fr. 69 pr. fr. 86. §. 2. D. 30. — fr. 26. pr. D. 33. 2. Dieses galt früher nur bei dem legatum per vindicationem und bei demjenigen, welches diesem gleichgestellt war (§. 714. Note *). Auch verlangten hier die Proculejaner eine Erklärung, daß man das Legat annehme. Gaj. II. §. 194. 195. 200. — Arndts im Rechtslex. B. 6. S. 324 ff. — Fitting im Arch. f. civ. Pr. B. 42. Nr. 8. I.

(*d*) §. 21. J. 2. 20. — fr. 44. §. 6. fr. 75. §. 2. D. 30.

(*e*) S. das folgende Kapitel.

§. 714.

C. Rechtsmittel der Vermächtnißnehmer.

Hat der Legatar oder Fideicommissar das Recht auf das Vermächtniß erworben und ist der Tag gekommen, wo er es fordern kann, so stehen ihm zur Erlangung desselben folgende Klagen (*) zu: 1. Eine persönliche Klage gegen den Erben, welche quasi ex contractu aus der Antretung der Erbschaft von Seiten des Letztern entspringt (**), auf Prästation des Vermächtnisses gerichtet ist, und heutzutage actio legati, oder wenn der Erbe aus einem Testamente Erbe geworden ist, actio personalis ex testamento genannt wird (*a*). Sie findet auch gegen jeden andern giltig Onerirten Statt (*aa*). 2. Die actio hypothecaria, wegen der ihm zur Sicherheit seines Vermächtnisses zustehenden gesetzlichen Hypothek (§. 314.), gegen jeden Besitzer der Pfandobjecte (*b*). 3. Die rei vindicatio, wenn ihm eine dem Testator eigenthümlich zugehörige Sache vermacht worden ist (§. 713.), gegen jeden Besitzer derselben, und die confessosia actio, wenn ihm eine Servitut an einer Sache des Erblassers vermacht ist, gegen jeden, der ihn in der Ausübung derselben hindert (*c*). 4. Ist Jemanden etwas sub conditione oder sub die vermacht worden, oder kann der Vermächtnißnehmer aus andern Gründen, z. B. weil Streit darüber obwaltet, das Vermächtniß zur Zeit noch nicht fordern, so kann er verlangen, daß der Onerirte ihm zu seiner Sicherheit die cautio legatorum vel fideicomissorum servandorum causa durch Bürgen bestellt, und wenn diese nicht geleistet wird, so erfolgt eine missio in possessionem (*d*). Auf der andern Seite hat der Erbe gegen den Vermächtnißnehmer, der sich, ehe der Erbe selbst Besitz davon ergriffen, eigenmächtig in den Besitz des Vermächtnisses gesetzt hat, das interdictum quod legatorum auf Restitution des Vermächtnisses (*e*).

(*) Marezoll in s. und Linde's Zeitschr. B. 9. Nr. 4. 9., besonders S. 254 ff. — v. Keller Grundr. §. 334. (Reich an historisch-dogmatischen Notizen.) — Nach dem

ältern Rechte mußte unterschieden werden zwischen Legaten und Fideicommissen, und bei jenen zwischen den verschiedenen Formeln, in welche sie eingekleidet sein konnten. Ein Fideicommiß erzeugte immer nur eine Forderung gegen den Onerirten, die nicht durch eine gewöhnliche Klage, sondern nur vermittelst einer extraordinaria cognitio geltend gemacht werden konnte; ein legatum per damnationem, sowie ein legatum sinendi modo relictum, erzeugte eine Forderung und eine stricti iuris actio; ein legatum per vindicationem dagegen, welchem das legatum per praeceptionem gleichgestellt wurde, gewährte dem Legatar unmittelbar ein dingliches Recht und eine in rem actio. GAJ. II. §. 194. 204. 213. 221. 222. 278. — ULP. XXV. §. 12. In Folge des SCti. Neroniani (§. 708. Note *a*.) scheint derjenige, welchem etwas per vindicationem oder per praeceptionem giltig legirt wurde, die Wahl zwischen einer persönlichen und einer dinglichen Klage gehabt zu haben. Seit einer Verordnung von Constantin's Söhnen (§. 708. Note *a*.) kam es bei Legaten nicht mehr auf die Formel der Hinterlassung, sondern nur auf den Gegenstand an. Noch klarer verordnet dieses Justinian in const. 1. C. 6. 43., wo er auch die Fideicommisse den Legaten in dieser Beziehung gleichstellte und zugleich jedem Vermächtnißnehmer eine gesetzliche Hypothek einräumte. Ueber const. 1. cit. vergl. Marezoll a. a. O., besonders S. 299 ff. und s. dagegen v. Vangerow §. 531.

(**) S. darüber oben §. 686. Note *f*.

(*a*) §. 5. J. 3. 27. (28.) — §. 2. J. 2. 20. — fr. 69. §. 5. fr. 82. pr. D. 30. — fr. 29. §. 3. D. 32. — fr. 75. D. 35. 2.

(*aa*) const. 1. C. 6. 43.

(*b*) const. 1. cit.

(*c*) const. 3. §. 2. C. ibid.

(*d*) Dig. 36. tit. 3. 4. — Cod. 6. 54. — G. L. Böhmer's Rechtsfälle B. 1. Resp. 33. Nr. 10—12. S. oben §. 311. Note *c*. Diese missio in poss. soll durch const. 1. const. 3. §. 2. C. 6. 43. abgeschafft sein. v. Löhr in s. Mag. B. 3. (1.) S. 195. und im Arch. für die civ. Pr. B. 5. S. 208. — Sintenis prakt. Civilr. B. 1. §. 35. Note 38. B. 3. §. 211. Note 12. Dagegen s.: Glück Comm. Th. 19. S. 166. Note 63. — FELSECKER de exaequat. legator. et fideicommissor. §. 28. 29. — Marezoll a. a. O. S. 306 ff. — Roßhirt B. 1. S. 516 ff. — Arndts im Rechtslex. B. 6. S. 307 ff. — Bachofen Röm. Pfandr. S. 323 ff. — Vergl. v. Keller a. a. O. S. 340. — Dernburg Pfandr. §. 33. 51. Nr. 1. am E.

(*e*) Dig. 43. 3. — Cod. 8. 3. — Zimmern im Arch. für civ. Pr. B. 8. S. 157.

§. 715.

D. Anwachsungsrecht bei Vermächtnissen (*a*).

Wenn eine von demselben Onerirten (*b*) zu prästirende Sache mehreren Personen vermacht worden ist, so heißen diese in Beziehung auf dieselbe collegatarii und es findet unter ihnen ein ius accrescendi Statt, jedoch 1. nur dann, wenn es der Erblasser nicht ausdrücklich verboten hat, was ihm hier frei steht (*c*); 2. nur dann, wenn es sich entscheidet, daß der eine Collegatar und sein Erbe das Recht auf das Legat nicht erwirbt (*d*); 3. nur dann, wenn kein Substitut an seine Stelle tritt. Sodann kommt es 4. auf die Art und Weise an, wie die Collegatarien mit einander verbunden sind (*dd*). Wenn nämlich ein re et verbis coniunctus wegfällt, so accrescirt dessen Portion nur denjenigen, die mit ihm coniuncti sind; fällt hingegen ein bloßer re coniunctus (disiunctus) weg, so accrescirt sie den übrigen re coniunctis nach Verhältniß ihrer ursprünglichen Antheile (*e*). Bloße verbis coniuncti haben kein Anwachsungsrecht (*f*). 4. Dem disiunctus ist das Accresciren unvermeidlich, es erfolgt aber sine onere der accrescirenden Portion; bei den mixtim coniunctis hängt es von ihrer Willkühr ab, ob sie die vacante Portion annehmen wollen, diese accrescirt ihnen aber auch cum suo onere (*g*). 5. Schlägt endlich Jemand, der keinen Collegatar hat, das ihm hinterlassene Legat aus, so verbleibt dasselbe demjenigen, der es entrichten sollte (*h*).

(a) Ueber das ältere Recht: GAJUS II. §. 199. 205—208. 215. 223. 286. — ULP. XXIV. §. 12. 13. — GÖSCHEN observ. iur. Rom. p. 1. (Darüber: Hugo Gött. gel. Anz. 1812. S. 115.) — S. auch unten Note *dd*. — Ueber das neuere Recht: §. 8. J. 2. 20. — Cod. VI. 51. — DONELLI Comm. iur. civ. Lib. 8. c. 21. — P. J. HEISLER de iure accrescendi in legatis; in exercit. acad. Halae 1776. nr. 7. — ADR. CATH. HOLTIUS analyse historique du droit d'accroissement entre legataires d'après le droit Romain, les lois de Justinien, et les principales legislations modernes de l'Europe. Liège 1830. — Francke Beitr. B. 1. S. 111 ff. — Mayer das Recht der Anwachsung S. 85 ff. — Rudorff in der Zeitschr. für geschichtl. RW. B. 6. S. 397 ff — Roßhirt Verm. B. 1. S. 589 ff. — K. A. Schneider das altcivile und Justin. Anwachsungsr. bei Legaten und die caducarischen Bestimmungen der Lex Iulia et Papia. Berl. 1837. (Huschke in Richter's krit. Jahrb. B. 3. S. 307 ff.) — Burchardi in Bekker's Jahrb. B. 5. Nr. 1. — GLASSON du droit d'accroissement. Par. 1862. Chap. 2. S. auch die oben §. 697. Note *a*. angef. Schriften.

(b) Denn wenn dieselbe Sache mehreren Personen von verschiedenen Onerirten hinterlassen worden ist, so sind sie nicht als Collegatarien zu betrachten und haben kein Anwachsungsrecht, sondern das vacant werdende Legat verbleibt demjenigen, der es entrichten sollte. fr. 11. D. 7. 2. S. auch Note *h*.

(c) Weil ihm hier die, nur von Erbeinsetzungen geltende Regel: Nemo pro parte testatus etc., nicht entgegensteht. S. oben §. 699.

(d) Nur beim usufructu legato tritt eine Ausnahme ein, indem hier der Antheil des Wegfallenden seinem Collegatar selbst dann accrescirt, wenn jener ihn auch bereits erworben hatte. Dig. VII. 2. — Fragm. Vatic. §. 75—89. — HENR. A SUERIN quaest. de usufr. accresc. in OTTONIS thes. T. 4. p. 98. — JOS. CHR. MERTEN Diss. de usufructu accrescendo. Erford. 1773. — C. Witte Abhandl. aus dem Gebiete des Röm. Rechts. Berlin 1817. Nr. 1. — CHR. GOTTL. BIENER ad L. 10. D. de usufr. accr. Lips. 1824. et in eiusd. opusc. ed. FR. AUG. BIENER Vol. II. nr. 94. — ALEX. FEL. ELEON. LELIEVRE Diss. de usufr. accrescendo. Lovanii 1827. — HENR. HEIMSOETH Diss. de usufructu accrescendo in iure Romano. Coloniae 1831.

(dd) Das alte Accrescenzrecht beruhte auf dem Satze: wenn Mehreren derselbe Gegenstand, Jedem ganz, vermacht ist, so wird nur durch wirkliche Concurrenz jeder auf einen Theil beschränkt; soweit mithin die Concurrenz nicht zu Stande kommt, fällt die Beschränkung hinweg. Es fand daher nur Statt bei Vindications- und Präceptionslegaten, nicht auch bei den rein obligatorischen Legatsformen und bei den immer rein obligatorischen Fideicommissen, ferner nur unter re coniunctis, seien sie blos re oder re et verbis coniuncti; es trat ferner ein, derjenige, welchem accrescirte, mochte wollen oder nicht, aber er brauchte die dem wegfallenden Collegatar aufgelegten Lasten nicht zu übernehmen. Alles dieses galt auch noch nach der lex Iulia et Papia Poppaea, so oft es sich um das eigentliche ius accrescendi bei Vermächtnissen handelte. Es kam aber in vielen Fällen, die sich nach dem ältern Rechte dazu geeignet hätten, nicht mehr dazu wegen der Caducität (§. 685 c.). Dagegen kam bei den caduken Vermächtnissen Etwas vor, was mit dem Accrescenzrechte Aehnlichkeit hatte. Unter den Personen nämlich, welche das Recht hatten, caduca zu vindiciren, hatten, wie bei caduken Erbportionen, die coniuncti einen Vorzug vor den übrigen. Dieses galt jedoch auch bei obligatorischen Legaten und bei Fideicommissen; auch kam hier Alles darauf an, ob man verbis, nicht darauf, ob man re coniunctus war, so daß der bloße re coniunctus den Vorzug nicht hatte, der bloße verbis coniunctus dagegen ihn hatte wie der re et verbis coniunctus. Dabei hing es hier, wie überhaupt bei dem caduca vindicare, von der Willkür des Berechtigten ab, ob er den caduken Theil in Anspruch nehmen wollte oder nicht; wenn er ihn aber annahm, so hatte er auch die darauf gelegten Lasten zu tragen (§. 685 c.). Sowohl die durch die lex Iulia et Papia herbeigeführte Beschränkung des eigentlichen Accrescenzrechtes, als das besondere Recht der coniuncti auf Vindication der caduca mußte hinwegfallen, als das Institut der Caducität abgeschafft wurde. Das Erstere verordnet Justinian ausdrücklich in der bekannten const. un. C. de caducis tollendis (6. 51.). Zugleich bestimmt er, es solle auch bei dem Accrescenzrechte kein Unterschied mehr zwischen Legaten und Fideicommissen oder zwischen den verschiedenen Formen der Legate sein, sondern das Accrescenzrecht allgemein stattfinden. Endlich führte er die unten unter Nr. 4. angegebene Unterscheidung ein.

(e) §. 8. J. 2. 20. — const. un. § 11. C. 6. 51. — fr. 80. D. 32. — fr. 41. pr. D. 31.

(*f*) fr. 11. D. 7. 2. Zwar scheint im fr. 89. D. 32. das Gegentheil gesagt zu sein, allein diese Stelle redet, wie sich aus ihrer Inscription, besonders aber aus GAJUS II. §. 207. 208., ergibt, gar nicht vom iure accrescendi, sondern von dem in der Note *dd.* erwähnten Vorzugsrechte der legatarii *patres* coniuncti vor dem Erben nach den Vorschriften der Lex Iulia et Papia Poppaea. S. darüber: Baumeister vom Anwachsungsrechte S. 226. — Rudorff a. a. O. S. 416. — Francke a. a. O. S. 116. — HOLTIUS l. c. pag. 9—19. — Roßhirt a. a. O. S. 600. — Mayer a. a. O. S. 178 ff. — Schneider a. a. O. S. 170. S. 231 ff. — v. Vangerow §. 547. — Man beruft sich ferner auf const. un. §. 11. C. 6. 51. Z. B.: Rudorff S. 426. — Mayer S. 327 ff. — Mühlenbruch Comm. Th. 43. S. 339 ff. S. aber besonders v. Vangerow a. a. O., welchem GLASSON l. c. beistimmt, während Burchardi ihn zu widerlegen sucht. — Noch weniger findet das Accrescenzrecht bei solchen Legatarien Statt, denen bestimmte reelle Theile derselben Sache vermacht worden sind. fr. 1. pr. D. 7. 2. — fr. 84. §. 12. D. 30.

(*g*) const. un. §. 11. C. 6. 51.

(*h*) fr. 44. §. 1. D. 30. — fr. 15. D. 34. 5. — const. un. §. 11. C. 6. 51.

§. 716.

VII. Von der Lex Falcidia (*a*). A. Inhalt derselben.

Die Freiheit des Erblassers, seinen Nachlaß mit Legaten zu beschweren, ist durch die Lex Falcidia (a. u. 714.) einer wichtigen Einschränkung unterworfen. Durch dieses Gesetz (*b*) ist nämlich verordnet worden, daß Niemand mehr als drei Viertheile seines Vermögens zu Legaten solle aussetzen dürfen, so daß dem Erben wenigstens ein Viertheil des Nachlasses übrig bleibe, und daß dieser, im Fall ein Testator jener Vorschrift zuwider handle, berechtigt sein solle, jedem Legatare (*c*) einen verhältnißmäßigen Abzug zu machen, insoweit dieß zur Ergänzung jenes vierten Theils erforderlich sei. Diesen vierten Theil nennt man jetzt die quarta Falcidia, während die Römer ihn entweder blos quarta, oder blos Falcidia nennen.

(*a*) GAJUS II. §. 224 seqq. — ULP. XXIV. §. 32. — PAULUS III. 8. — Inst. 2. 22. — Dig. 35. 2. und 3. — Cod. 6. 50. — Nov. 1. c. 2. — THEOPHILUS ad Inst. 2. 22. — DONELLI Comm. iur. civ. Lib. 8. c. 22—27. — JAC. VOORDA commentar. ad Leg. Falc. Traj. ad Rhen. 1730. — Hugo RG. S. 651. — Schweppe RG. §. 497. — Roßhirt Verm. B. 1. S. 520 ff. — Arndts im Rechtslex. B. 6. S. 311 ff.

(*b*) Der Zweck desselben ist, zu verhüten, daß der directe Erbe, dem nichts oder sehr wenig von der Erbschaft übrig bleibt, die Erbschaft nicht annimmt, wodurch denn auch die Vermächtnisse vereitelt werden. Zwei andere Gesetze, wodurch man früher diesen Zweck zu erreichen suchte, waren unzureichend. Die Lex Furia testamentaria (a. u. 571.) verbietet, daß eine Person mehr als 1000 asses als Legat annimmt, und legt demjenigen, der dieses Verbot verletzt, auf, zur Strafe das Vierfache zurückzugeben. Nur Verwandte bis zum sechsten und in einem Falle bis zum siebenten Grade sollen ausgenommen sein. Die Lex Voconia (a. u. 585.) verordnet, wer auf 100.000 Asses (später Sestertien) oder darüber censirt ist, der soll so viel, aber nicht mehr, legiren können, als alle directe Erben zusammen übrig behalten. Diese beiden Beschränkungen wurden durch die Lex Falcidia wieder abgeschafft. CIC. in Verr. I. 42. 43. pro Balbo c. 8. de republ. III. 10. de legib. III. 19. 20. — QUINTILIANI declam. 246. — GAJ. II. §. 224—227. — ULP. I. §. 2. XXVIII. §. 7. — Vat. Fr. §. 301. — pr. J. 2. 22. — Schrader über die Lex Furia, in Hugo civ. Mag. B. 5. S. 162. — MAUR. KIND de lege Voconia. Lips 1820. — S. ferner die oben §. 651. Note *e.* citirten Schriften.

(*c*) Die Lex Falcidia selbst bezieht sich (wie die lex Furia und die angegebene Bestimmung der Lex Voconia) nur auf eigentliche Legate, die nur dem directen testamentarischen Erben aufgelegt werden konnten. Später aber wurde ihr Inhalt weiter ausgedehnt. S. §. 717. Note *a.* und §. 718. im Anf.

§. 717.

B. Wem gebührt die quarta Falcidia?

Ein Recht auf diese Quart hat 1. jeder directe Erbe, er sei testamentarischer oder Intestaterbe (*a*), nicht aber auch der mit Legaten oder Fideicommissen beschwerte Legatar oder Fideicommissar (*b*). 2. Sind mehrere Miterben vorhanden, so muß jeder von seiner Erbportion die Quart frei behalten, wenn auch das Vermögen im Ganzen nicht zu sehr beschwert sein sollte (*c*). 3. Auch wenn einer von mehreren Miterben wegfällt, mithin dessen Portion den übrigen accrescirt, ist die Quart für jeden Theil besonders zu berechnen. Nur muß der Erbe, dem eine nicht beschwerte Portion accrescirt, sich das, was er davon außer der Quart frei hat, in die beschwerte Quart seiner ursprünglichen Portion einrechnen lassen (*d*) (*e*).

(*a*) Nach der Lex Falcidia stand dieses Recht nur dem Testamentserben zu (§. 715 Note *c*.), er mochte übrigens institutus oder substitutus sein; nach fr. 18. pr. D. 35. 2. gebührt es jetzt auch dem Intestaterben.

(*b*) fr. 47. §. 1. D. ibid. Der Grund ist: „cum semel adita est hereditas, omnis defuncti voluntas rata constituitur". fr. 55. §. 2. fr. 22. §. 5. D. 36. 1. — Ist indeß einem Legatar vom Erben etwas abgezogen, so darf er zwar von den ihm auferlegten Legaten gleichfalls einen verhältnißmäßigen Abzug machen, nur muß man dieß nicht in dem Sinne verstehen, als habe er in diesem Falle ein Recht auf die quarta Falcidia. fr. 32. §. 4. D. 35. 2.

(*c*) §. 1. J. 2. 22. — — „etenim in singulis heredibus ratio legis Falcidiae ponenda est." — fr. 77. D. 35. 2. — Joach. Becht. de Bernstorff Diss. de ratione legis Falcidiae singulis heredibus ponenda. Gött. 1754.

(*d*) fr. 78. D. ibid. Vergl. fr. 1. §. 13. 14. fr. 11. §. 7. 8. fr. 87. §. 3. 5. fr. 14. §. 2. fr. 21. §. 1. fr. 25. pr. D. ibid. Ueber diese und andere Fälle, in welchen mehrere Erbportionen einer Person zufallen, vergl.: Bernstorff l. c. — Roßhirt Verm. B. 1. S. 531 ff. Dessen Lehrb. des Civilr. B. 3. §. 708. — Stemann in Elvers Themis n. F. B. 1. Nr. 10 — v. der Pfordten Abh. Nr. 1. — v. Vangerow §. 535. — E. Hoffmann in den Sell'schen Jahrb. B. 1. Nr. 9. — Arndts a. a. O. S. 316 ff. — Sigmund über die Berechnung der qu. Falcidia, wenn eine und dieselbe Person mehrere Theile derselben Erbschaft erhält. München 1846. — Huschke in Linde's Zeitschr. n. F. B. 6. Nr. 11. B. 7. Nr. 2. 6. — Hermann das. B. 8. Nr. 14. — Sintenis Civilr. B. 3. §. 215. S. 748 ff. — v. Vangerow im Arch. f. civ. Pr. B. 36. S. 317 ff. — H. Pernice commentat. iur. Rom. duae. Hal. 1855. p. 12 seq. — Gordan de legis Falcidiae ratione in duplicibus testamentis ponenda. Bonnae 1856.

(*e*) Sind Pflichttheilsberechtigte zu sehr mit Legaten beschwert, so daß sie nicht einmal den Pflichttheil frei haben, so gestattet man ihnen jetzt nach den Vorschriften des Canonischen Rechts zuvörderst den Pflichttheil, und von dem dann noch übrigen Vermögen die Falcidia zurückzubehalten. cap. 16. 18. X. 3. 26. „Raynutius et Raynaldus." Nach dem Röm. Rechte gebührt ihnen nur der Pflichttheil, oder wenn die Quart mehr beträgt, nur diese. const. 10. C. 6. 50. — const. 24. C. 3. 36. — Nov. 1. c. 1. §. 1. — G. L. Boehmer electa iur. civ. T. 1. exerc. 6. §. 47. — Pufendorf T. 2. obs. 82. — Glück Comment. Th. 7. S. 450 ff. — von der Nahmer Entsch. des O.-A.-G. zu Wiesbaden B. 1. Nr. 7.

§. 718.

C. Wovon wird sie abgezogen?

Dem Abzuge der Quart sind der Regel nach alle Vermächtnisse und Schenkungen auf den Todesfall unterworfen (*a*), nicht aber auch Schenkungen unter den Lebenden (*b*), wofern diese nicht etwa von der Art sind, daß sie erst durch den Tod des Schenkers vollgiltig und wirksam werden (*c*). Auch

ist der Abzug der Regel nach von allen Vermächtnissen verhältnißmäßig zu machen, wenn nicht der Erblasser ausdrücklich bestimmt hat, daß aller etwa nothwendige Abzug einem oder mehreren bestimmten Legatarien allein zur Last fallen solle (*d*).

(*a*) const. 2—5. C. 6. 50. Vergl. §. 716. Note *c*.

(*b*) fr. 27. D. 39. 6.

(*c*) const. 12. C. ibid. — const. 2. C. 8. 57.

(*d*) fr. 88. §. 2. fr. 64. D. 35. 2.

§. 719.

D. Berechnung derselben.

In Ansehung der Berechnung der Quart gelten folgende Grundsätze: 1. Um zu bestimmen, ob ein Erbe in einem vorkommenden Falle überhaupt das Recht habe, zur Ergänzung der Quart seinen Legatarien etwas abzuziehen, muß man Rücksicht nehmen auf die Größe der Erbschaft zur Zeit des Todes des Erblassers. War dieselbe um diese Zeit nicht beschwert, so brauchen sich die Legatarien keinen Abzug gefallen zu lassen, wenn die Erbschaft nachher auch durch Unglücksfälle so sehr vermindert werden sollte, daß nun dem Erben die ursprüngliche Quart nicht übrig bleibt; dagegen müssen sie im umgekehrten Falle den Abzug gestatten, wenn die Erbschaft in der Folge auch einen so großen Zuwachs erhalten hat, daß dadurch die anfänglich nicht freie Quart des Erben gedeckt wird (*a*). 2. Die Quart ist vom reinen Vermögen des Erblassers zu berechnen, was nach Abzug aller Schulden und Lasten der Erbschaft und der auf das Begräbniß des Erblassers und Inventarisirung der Erbschaft verwendeten Kosten noch übrig ist (*b*). 3. Der Erbe braucht sich nur das in dieselbe einrechnen zu lassen, was er als Erbe, nicht auch, was er als Legatar aus dem Nachlasse bekommt, bei einem Prälegate also nur den Theil, den er sich selbst auszahlen müßte (*c*). 4. Bei einem Legate, dessen Gegenstand gewisse lebenslängliche Einkünfte sind (*cc*), dessen Werth sich also wegen der ungewissen Lebensdauer des Legatars nicht genau bestimmen läßt, z. B. bei einem legato annuo, alimentorum und ususfructus, kommt es zunächst darauf an, ob derjenige, welchem ein solches Legat hinterlassen worden, der einzige Legatar ist, oder ob außer ihm noch andere Legatarien vorhanden sind. Im ersten Falle ist ihm das Legat einstweilen ganz auszuzahlen, bis durch die fortgesetzten Zahlungen die Quart verletzt werden würde, wo alsdann die geleisteten Zahlungen rückwärts vermindert werden (*d*). Im zweiten Falle ist der zur Ergänzung der Quart nothwendige Abzug von dem Legate sogleich zu berechnen und bei dieser Berechnung theils auf das gegenwärtige Alter des Legatars, theils auf desselben wahrscheinliche Lebensdauer zu sehen, so wie diese nach der unten stehenden Tabelle angenommen wird (*e*). Das Legat von allen künftigen noch wahrscheinlichen Lebensjahren ist alsdann als ein Ganzes zu betrachten und hiervon der verhältnißmäßige Abzug zur Quart zu berechnen, dieser aber wieder auf die einzelnen Termine zu vertheilen (*f*).

(*a*) §. 2. J. 2. 22. — fr. 73. pr. D. 35. 2. Näheres bei Roßhirt Verm. B. 1. S. 541 ff.

(*b*) §. 3. J. ibid. — fr. 1. §. 19. fr. 36. §. 2. fr. 72. D. 35. 2. — const. 6. pr. C. 6. 50.

(*c*) fr. 74. fr. 76. pr. §. 1. fr. 86. fr. 91. D. 35. 2. Vergl. oben §. 707. not. *g*. — Bolley Versuch über fr. 91. D. ad Leg. Falc. im Tübinger jurist. Archiv B. 3. Heft 1. — v. Lindelof im Arch. für civ. Prax. B. 4. S. 436. — Roßhirt a. a. O. S. 572 ff.

(*cc*) Ueber gewöhnliche bedingte Vermächtnisse s.: 1. fr. 45. §. 1. fr. 73. §. 2. ibid. 2. fr. 15. §. 6. fr. 66. pr. fr. 88. §. 3. ibid. — Ueber betagte: fr. 45. pr. fr. 66. pr. fr. 73. §. 4. ibid. — Ueber wiederkehrende Leistungen, die nicht blos auf Lebenszeit, sondern auf immer vermacht sind, s. fr. 3. §. 2. ibid.

(*d*) fr. 47. pr. D. 35. 2.

(*e*) fr. 55. fr. 68. pr. D. ibid. In dieser letzten Stelle findet sich nämlich eine zwiefache Berechnung der wahrscheinlichen Lebensdauer eines Menschen:

1. Wenn Jemand alt ist:	so wird angenommen, daß er wahrscheinlich noch lebt:
unter 20	30 Jahre
zwischen 20 und 25 Jahren	28 „
„ 25 „ 30 „	25 „
„ 30 „ 35 „	22 „
„ 35 „ 40 „	20 „
„ 40 „ 50 „ so viel als zu 59 fehlt,	
„ 50 „ 55 „	9 „
„ 55 „ 60 „	7 „
über 60 Jahre	5 „

2. Zugleich wird aber auch bemerkt, daß es gewöhnlicher sei, bei Jemanden unter 30 Jahren noch 30 Jahre, bei Jemanden über 30 Jahre noch so viel Jahre als wahrscheinliche Lebensdauer anzunehmen, als ihm noch an 60 Jahren fehlen. — Frid. Aug. Schmelzer de probabilitate vitae. Gött. 1788. — Gesterding Nachforschungen über verschiedene Rechtsmaterien. Th. 1. S. 364. — Fritz in Löhr's Mag. B. 4. (2.) S. 298., welcher beim legato alimentorum et annuo die Berechnung nach Nr. 1., beim legato ususfructus dagegen nach Nr. 2. gemacht wissen will. — Ueber fr. 68. cit. und was damit zusammenhängt, s. jetzt auch: Roßhirt Verm. I. S. 552. — Pfeiffer im Arch. für die civ. Prax. B. 28. Nr. 13. — Arndts a. a. O. S. 313—316. 331 u. 332.

(*f*) Konopak Beitr. zu der Lehre von der Berechnung der Falcidischen Quart. Rostock 1811. Dabei kommt übrigens natürlich auch das Interusurium in Anschlag.

§. 720.

E. Wegfallen derselben.

Das Recht, die quarta Falcidia abzuziehen, fällt weg, und zwar 1. schlechthin: a) bei dem Testamente eines Soldaten, wenn dieser iure militari testirt hat (*a*); b) wenn der Erbe kein gehöriges Inventar errichtet (*b*); c) wenn der Erblasser den Abzug der Quart ausdrücklich oder stillschweigend verboten (*c*) und d) wenn der Erbe seinem Rechte ausdrücklich oder stillschweigend entsagt hat (*d*). 2. In Beziehung auf einzelne Vermächtnisse, welche man deshalb privilegirte Legate nennen könnte: a) bei einem Vermächtnisse zu frommen Stiftungen (*e*); b) bei dem Vermächtnisse einer Sache, deren Veräußerung der Testator verboten hat (*f*); c) wenn der Mann seiner Ehefrau Sachen vermacht, die für dieselbe angeschafft worden sind (*g*); d) bei jedem Legat, welches auf den Pflichttheil eingerechnet werden soll (*h*), und endlich e) bei jedem Legate, welches der Erbe entwendet hat (*i*) (*ii*). Wenn übrigens bei einer Erbschaft privilegirte und nicht privilegirte Legate vorhanden sind, so können dadurch die nicht privilegirten nicht leiden, sondern der Erbe verliert. Dieser bekommt jetzt nämlich um so viel weniger, als die privilegirten Legate zur Quart hätten beitragen müssen, wenn sie beitragspflichtig wären (*k*).

(*a*) const. 7. C. 6. 50. — fr. 17. 92. 96. D. 35. 2.

(*b*) const. 22. §. 14. C. 6. 30. — Nov. 1. cap. 2. §. 2.

(c) Nach älterem Rechte war ihm dies nicht erlaubt, fr. 15. §. 1. fr. 27. D. 35. 2. — fr. 81. §. 4. D. 30. — const. 11. 18. C. 6. 50. Erst Justinian räumte ihm diese Befugniß ein. Nov. 1. cap. 2. §. 2. Ist es als ein stillschweigendes Verbot des Abzugs zu betrachten, wenn der Erblasser, den Bestand seines Vermögens kennend, dem Erben Vermächtnisse auflegt, die mehr als drei Viertheile desselben betragen? Vergl. hierüber: Marezoll in Löhr's Mag. B. 4. (2.) S. 354. u. Reuner die hered. inst. ex re certa S. 117 ff. auf der einen, Arndts S. 320. und v. Vangerow §. 538. auf der andern Seite. — Vergl. über die Nov. 1. cit. auch: Löhr im Arch. für civ. Pr. B. 5. S. 385.

(d) fr. 46. 71. D. 35. 2. — const. 19. C. 6. 50. Als eine stillschweigende Entsagung wird es angesehen, wenn er ein Legat wissentlich oder aus Rechtsirrthum ganz auszahlt. const. 9. C. ibid. Vergl. jedoch fr. 16. D. 35. 2. und Nov. 1. cap. 3. — v. Vangerow §. 538. Vergl. Roßhirt B. 1. S. 586.

(e) Nach dem ältern Rechte war das legatum ad pias causas nicht frei von dem Abzuge der Falcidia, wie aus fr. 1. §. 5. D. 35. 2. u. const. 49. C. 1. 3. klar hervorgeht, wohl aber ist es durch Nov. 131. c. 12. von jenem Abzuge durchaus befreit. S. auch: Auth. *Similiter* C. 6. 50. und Marezoll über Legate ad pias causas; in s. u. Linde's Zeitschr. B. 5. S. 76. — Roßhirt B. 1. S. 588. S. übrigens auch Mühlenbruch Comm. Th. 42. S. 145.

(f) Nov. 119. c. 11. — Auth. *Sed et* C. 6. 50.

(g) fr. 81. §. 2. D. 35. 2.

(h) fr. 87. §. 3. D. 31. — const. 36. pr. C. 3. 28. Dies muß denn auch wohl von der Portion der armen Witwe (§. 627.) gelten. v. Buchholtz jur. Abh. Nr. 8.

(i) fr. 59. pr. D. 35. 2.

(ii) Keine wahre Ausnahme findet bei dem legatum debiti Statt. S. darüber: fr. 1. §. 10. D. 35. 2. Vergl.: fr. 1. §. 12. D. 33. 4. — fr. 81. §. 1. 2. D. 35. 2. — fr. 28. §. 1. D. 30.

(k) Lauterbach coll. theor. pract. Lib. 35. tit. 2. §. 25. — Klein Annalen der Gesetzgeb. u. RW. B. 9. S. 381 ff. — A. M. ist Thibaut Syst. §. 767. 8te Aufl. §. 819. 9te Aufl. §. 937., wenn er sagt: „Zuvörderst sind von der Masse abzuziehen alle Erbschulden und die den Schulden gleichzusetzenden Legate, d. h. die, welche keinen Abzug leiden;" allein Legate sind keine Schulden, sondern Liberalitäten, bei denen der Erblasser durch die Lex Falcidia zum Vortheil des Erben beschränkt ist; wo diese Beschränkung also wegfällt, da leidet blos der Erbe. A. M. sind auch auf verschiedene Weise: Puchta Pand. §. 549. — Arndts Pand. §. 567. — v. Vangerow §. 538 am E.

§. 721.

VIII. Ungiltigkeit der Legate. A. Von Anfang an.

Ein Legat kann von Anfang an ungiltig sein, oder erst in der Folge ungiltig werden (*a*). A. Von Anfang an ungiltig ist ein Legat: 1. wenn es von einem Unfähigen oder einem Unfähigen hinterlassen worden ist; 2. wenn bei der Errichtung desselben etwas versehen ist, und 3. wenn das, was vermacht ist, nicht Gegenstand eines Legats sein kann. Auf den letzten dieser Fälle bezieht sich die regula Catoniana (*b*), wonach das Legat dadurch nicht giltig wird, daß die Umstände bis zum Tode des Erblassers sich ändern (*c*).

(a) Donelli comm. iur. civ. Lib. 8. c. 16. 17.

(b) fr. 1. pr. D. 34. 7. „Quod, si testamenti facti tempore decessisset testator, inutile foret, id legatum, quandocunque decesserit, non valet." Ueber diese Regel s. überhaupt: Donellus l. c. cap. 13. — Majansius in Disput. T. 2. nr. 43. et in eiusd. Comm. ad triginta Ictorum Fragm. T. 1. p. 91—96. — Westphal von Vermächtn. §. 855—860. und die in der folgenden Note angef. Schriften.

(c) Diese Regel galt jedoch nicht bei bedingten Legaten und bei solchen, auf welche der Legatar erst nach der Antretung der Erbschaft ein Recht erhält, fr. 2—4. D. 34. 7.

Ob sie auch bei Fideicommissen zur Anwendung kam, fr. 5. ibid. — fr. 1. §. 1. 5. D. 32., und ob sie daher jetzt nach der durch const. 2. C. 6. 43. erfolgten Gleichstellung der Legate u. Fideicommisse überhaupt auch bei Legaten noch gelten könne? ist sehr bestritten. Verneint wird diese Frage von: Schöman Handb. des Civilr. B. 2. S. 176. — Löhr in s. Mag. B. 3. (1.) S. 196. — Guyet Abh. aus dem Civilr. S. 103. (Darüber: Zimmern in Schunck's Jahrb. B. 12. S. 45. — Francke in den Gött. gel. Anz. 1829. Nr. 131.) — Sintenis prakt. Civilr. B. 3. §. 212. Note *b*. Bejaht dagegen von: E. L. Harnier Diss. de regula Catoniana. Heidelb. 1820. §. 14—16. — de Schroeter obs. iur. civ. p. 108. — Roßhirt im Arch. für civ. Pr. B. 10. S. 328. — Müller ebend. B. 14. S. 273. S. auch: Arndts im Rhein Mus. für Jurispr. B. 5. (1.) Nr. 9. — Roßhirt Verm. B. 1. S. 413 ff. — v. Vangerow §. 540.

§. 722.

B. In der Folge. 1. Durch Ademtion. a. Allgemeine Regeln.

B. In der Folge ungiltig werden kann ein einzelnes Vermächtniß (*): 1. durch ademtio, d. h. wenn es der Testator wieder aufhebt (*a*). Eine solche Aufhebung erfordert gar keine Feierlichkeiten (*b*), und kann sowohl schriftlich, als mündlich, sowohl ausdrücklich, als stillschweigend geschehen (*bb*); letzteres ist der Fall, wenn der Testator das Legat durchstreicht, wenn er die vermachte Sache zerstört oder eine solche Specification damit vornimmt, daß sie aufhört dieselbe Sache zu sein, oder wenn er sie ohne Noth veräußert, oder bei seinen Lebzeiten einem Andern schenkt (*c*). In einigen Fällen wird die Ademtion sogar vermuthet, namentlich dann, wenn nach Errichtung des Legats Feindschaft und Haß zwischen dem Testator und dem Legatar entsteht und keine Aussöhnung erfolgt, oder wenn der Testator denjenigen, dem er etwas hinterlassen hat, nachher beschimpft (*d*).

(*) Alle in einer letzten Willensordnung errichtete Vermächtnisse werden regelmäßig ungiltig: 1. wenn sie in einem Testament oder in einem testamentarischen Codicille errichtet sind, dadurch, daß das Testament irritum, ruptum oder destitutum wird (s. §. 673—676.); 2. wenn sie ab intestato angeordnet sind, dadurch, daß der Erblasser die Fähigkeit verliert, einen giltigen letzten Willen zu hinterlassen (§. 674.), so wie dadurch, daß er ein Testament errichtet, in der Absicht, den Codicill nicht als testamentarischen gelten zu lassen (§. 701. Note *b*.).

(*a*) Inst. 2. 21. — Dig. 34. 4. — Ueber fr. 3. §. 7. D. 34. 4. und fr. 10. pr. D. 34. 5. s. man: Göschen in der Zeitschr. für gesch. RW. B. 1. Nr. 6. — Gans im Arch. für die civ. Pr. B. 1. Nr. 33. — von Herrestorf ebendas. B. 1. Nr. 34. — Klüpfel ebend. B. 2. Nr. 7. — Hepp ebendas. B. 9. S. 377. (Darüber: Puchta in Schunck's Jahrb. B. 6. S. 13.) — Roßhirt B. 1. S. 436 ff. — Wunderlich in den Sell'schen Jahrb. B. 1. Nr. 8. — v. Vangerow §. 541. — Puchta Vorles. B. 2. §. 537. — Arndts im Rechtslex. B. 6. S. 299. — Huschke in Linde's Zeitschr. B. 4. S. 299 ff. — Sintenis prakt. Civilr. B. 3. §. 212. Note 16. — Lang Hermeneutik S. 277. — Riedel in Linde's Zeitschr. n. F. B. 13. S. 293 ff.

(*b*) fr. 3. §. 11. D. ibid. — pr. J. 2. 21.

(*bb*) Bei Fideicommissen galt dieses von jeher; dagegen konnte der Widerruf eines Legates früher, wenigstens mit der Wirkung, daß es ipso iure ungiltig wurde, nur in einem Testamente oder in einem bestätigten Codicille geschehen und nur contrariis verbis, d. h. in einer Formel, die derjenigen, in welcher es angeordnet worden, ähnlich war. Ulp. II. §. 12. XXIV. §. 29.

(*c*) fr. 16—18. D. ibid. — fr. 85. §. 2. D. 30. — §. 12. 21. J. 2. 20. — const. 27. C. 6. 42.

(*d*) fr. 3. §. 11. fr. 4. fr. 13. D. 34. 4.

§. 723.

b. Translation insbesondere.

Unter translatio wird jede Verfügung des Erblassers verstanden, wodurch er ein Vermächtniß aufhebt und dafür ein anderes errichtet (*a*). Also: a) wenn er statt der bisherigen Sache eine andere vermacht; b) wenn er die Entrichtung des Vermächtnisses einem Andern auflegt; c) wenn er diejenige Sache, welche er vorher dem einen vermacht hatte, jetzt dem andern vermacht, und d) wenn er die Modalität des Legats ändert (*b*). Da jede Translation eines Legats die Ademtion des bisherigen und die Errichtung eines neuen in sich begreift, so muß bei ihr alles beobachtet werden, was bei der Errichtung eines Legats zu beobachten ist, sonst besteht sie zwar als Ademtion, nicht aber als Translation, und die Folge davon ist, daß nun weder das alte, noch das neue Legat gilt (*c*).

(*a*) Inst. 2. 21. — Dig. 34. 4.

(*b*) fr. 6. pr. D. ibid. — §. 1. J. ibid. — fr. 5. fr. 3. §. 8. 9. fr. 10. fr. 24. pr. D. ibid.

(*c*) §. 12. 21. J. 2. 20. — fr. 34. pr. D. 30.

§. 724.

2. Aus zufälligen Gründen.

2. In vielen Fällen wird ein Vermächtniß auch ohne den Willen des Testators ungiltig, und dann heißt es legatum extinctum. Dahin gehört: a) wenn der Legatar vor dem Testator, oder falls er diesen auch überlebt, doch früher stirbt, ehe er das Recht auf das Legat erworben hat (§. 712) (*a*) (*b*); b) wenn die Bedingung deficirt, von welcher das Recht auf das Legat abhängig gemacht ist; c) wenn der Legatar die ihm vermachte fremde Sache vor dem Anfalle aus einer causa lucrativa von einem Andern erwirbt (*c*), und d) wenn der Gegenstand des Legats zu Grunde geht, oder eine das Eigenthum aufhebende Specification erleidet (*d*).

(*a*) const. un. §. 2. 4. 7. C. 6. 51.

(*b*) Nach älterem Rechte wurde ein Legat auch dann ungiltig, wenn der damit Beschwerte wegfiel. fr. 29. §. 1. 2. D. 31. — const. un. §. 10. C. 6. 51. — Francke Beitr. B. 1. S. 111.

(*c*) §. 6. J. 2. 20. — fr. 34. §. 1. 2. D. 30. — fr. 21. §. 1. fr. 66. §. 1. 3. D. 32. — fr. 17. 19. D. 44. 7. — fr. 67. pr. fr. 72. §. 4. D. 46. 3. — Roßhirt Verm. B. 1. §. 448 ff. — W. Sell üb. die römischrechtl. Aufhebungsart der Obl. durch concursus duar. causar. lucrativar. Zürich 1839.

(*d*) §. 16. J. 2. 20. — fr. 89. pr. §. 1. D. 32. Ueber den Fall, wenn von mehreren einzelnen Species die eine oder die andere zu Grunde geht, sehe man fr. 1. 2. D. 33. 8. — §. 17—20. J. 2. 20. — fr. 22. D. 30.

§. 725.

3. Wegen Unwürdigkeit.

3. Außerdem gibt es noch viele Fälle, wo ein Legat pro non scripto gehalten (*a*), und andere, in denen es dem Legatar wegen dessen Unwürdigkeit entzogen wird (legatum ereptitium) (*b*). Zu jenen gehört insbesondere dasjenige, was Jemand, der den letzten Willen eines Andern schrieb, in diesem

zu seinem eigenen Vortheil geschrieben hat, wofern es nicht der Testator auf andere Weise bestätigte (*c*). Von den Indignitätsfällen ist bereits oben §. 685 b. (*d*) die Rede gewesen.

(*a*) Dig. 34. 8.

(*b*) Dig. 34. 9. — Cod. 6. 35.

(*c*) Nach dem Scto Liboniano. Dig. 48. 10. — Cod. 9. 23. — fr. 1. D. 34. 8. — fr. 29. D. 26. 2. S. oben §. 641. Note c.

(*d*) Von den Fällen der ehemaligen Caducität im §. 685 c.

Drittes Kapitel.

Von den Universalvermächtnissen. (Partitio legata und fideicommissaria hereditas).

§. 726.

I. Begriff und ehemalige Arten der Universalvermächtnisse.

Unter einem Universalvermächtniß versteht man dasjenige, wodurch dem Onerirten die Herausgabe der ganzen Erbschaft des Testators oder einer Quote derselben an einen Andern aufgelegt wird (§. 705.). Ein Legat konnte von jeher dahin gehen, daß der onerirte Erbe obligirt sein soll, die Erbschaft oder seine Erbportion oder eine gewisse Quote derselben mit dem Legatar zu theilen. Alsdann sagte man, es sei partitio legata (*a*), der Legatar hieß partiarius. Ein Fideicommiß konnte auf Herausgabe irgend einer Quote des Erbtheils des Onerirten, aber auch auf Herausgabe der ganzen Portion desselben oder der ganzen Erbschaft gehen. Für alle diese Fälle wurde der Ausdruck fideicommissaria hereditas gebraucht (*b*). Die Universallegate und die Universalfideicommisse unterschieden sich von einander hinsichtlich ihrer Voraussetzungen und hinsichtlich ihrer Wirkungen. Ein Unterschied der ersten Art ist schon angedeutet worden. Außerdem setzte das legatum partitionis Alles voraus, was zu einem Legat gehörte, während das fideicommissum hereditatis schon galt, wenn es nur nicht an Demjenigen fehlte, was zu einem Fideicommisse gehörte. Die Wirkung war in der mittleren Zeit (*bb*) besonders darin verschieden, daß der fideicommissarius heres, nicht aber der partiarius, heredis loco sein konnte. Allein alle diese Unterschiede fielen hinweg, als Justinian die Legate und Fideicommisse einander ganz gleichstellte (*c*). Nach dem Justinianeischen Rechte setzt ein Befehlsweise angeordnetes Universalvermächtniß nicht mehr voraus und hat nicht weniger Wirkung als ein Bittweise angeordnetes. Auf die geringeren Wirkungen der ehemaligen partitio legata ist ein Universalvermächtniß nur alsdann beschränkt, wenn der Erblasser dieses gewollt hat, was aber eben so gut da vorkommen kann, wo es Befehlsweise, als da, wo es Bittweise angeordnet ist.

(*a*) S. §. 730 a. Note *a*.

(*b*) S. §. 727. Note *a*. Mit diesem Fideicommiß ist dasjenige nicht zu verwechseln, wodurch der Testator die Restitution einer fremden Erbschaft, die ihm oder seinem Erben zugefallen ist, oder der Erbschaft des Erben selbst, anordnet. fr. 76. §. 1. D. 31. — fr. 16. §. 5. 6. fr. 17. §. 1. fr. 27. §. 9. 10. D. 36. 1. — fr. 114. §. 7. D. 30. — fr. 77. §. 25. fr. 88. §. 16. D. 31. — fr. 15. §. 3. D. 35. 2. — H. A. Heise de aliena hereditate restituenda. Gött. 1816. — v. Wening-Ingenheim Lehrb. des Civilr. §. 541 a. E. (V. §. 259.)

(*bb*) Nach dem SCctum Trebellianum und vor Justinian. S. unten §. 730 a. ff.

(*c*) const. 2. C. 6. 43. (vergl. §. 3. J. 2. 20 — fr. 1. D. 30.) Blos auf Gleichstellung der Singular-Legate und Singular-Fideicommisse beziehen Justinian's Constitution: Roßhirt B. 1. S. 133 ff. — Hasse im Rhein. Mus. B. 3. S. 14. — Mühlenbruch Pand. §. 745. — S. aber: v. Löhr in s. Mag. B. 4. S. 94 ff. Marezoll in s. und Linde's Zeitschr. B. 9. S. 268 ff. — Puchta Lehrb. §. 553. — v. Vangerow §. 556. — Arndts im Rechtslex. B. 6. S. 323. — Sintenis prakt. Civilr. B. 3. §. 219. Note 1. — Mayer S. 50 ff.

§. 727.

II. Vergleichung der Universalvermächtnisse (*a*) nach Justinianeischem Rechte mit den Vulgarsubstitutionen.

Durch ein Universal-Vermächtniß wird nach Justinianeischem Rechte immer eine Universal-Succession begründet (*b*), und es ist daher jetzt eine Art von Substitution, indem auch hier ein anderer Erbe ganz oder zum Theil an die Stelle des ersten tritt (*c*). Indeß unterscheidet sich die fideicommissarische Substitution eines Erben von der Vulgarsubstitution eines directen Erben dadurch, daß bei dieser der zweite Erbe nur dann Erbe werden kann, wenn der erste wegfällt, bei einem Universal-Vermächtnisse hingegen der zweite Erbe nur dann Anspruch auf die Erbschaft machen kann, wenn der directe Erbe wirklich Erbe geworden ist. Gleichwie aber bei der Vulgarsubstitution mehrere Grade gemacht werden können (§. 668.), so kann der Erblasser auch bei einem Universal-Vermächtnisse die Anordnung treffen, daß dasselbe vom ersten Erben einem zweiten, von diesem einem dritten u. s. w. restituirt werden soll (*d*). Ist nun ein solches Vermächtniß zum Vortheil der Familie des Stifters angeordnet, so nennt man es jetzt ein fideicommissum familiae, und wenn ein solches so lange dauern soll, als Mitglieder dieser Familie vorhanden sind, fideicommissum perpetuum (*e*).

(*a*) Ulp. XXV. §. 14. u. 15. — Gaj. II. §. 247—259. — Inst. 2. 23. — Dig. 36. 1. — Cod. 6. 49. u. 42. — Donelli commentar. iur. civ. Lib. VII. c. 15. 17. c. 20—30. — J. F. J. Vernheyen Diss. de fideicommissaria hereditate. Trai. ad Rh. 1802. — Haase (pr. Diemer) Diss. de vera vi ac indole fideicommissi universalis. Lips. 1805. — L. Ph. Mecus Diss. de fideicommissariis hereditatibus. Lovanii 1819. — Roßhirt Verm. B. 1. S. 120 ff. — Heimbach im Rechtslex. B. 4. S. 286 ff. — Mayer Legate. §. 10 ff.

(*b*) Vor Justinian war der Fideicommißerbe „aliquando heredis loco, aliquando legatarii," wie Gaj. II. §. 251. sagt, und der partiarius war nie heredis loco. Das Nähere s. unten §. 730—732.

(*c*) Deshalb nennt man das Universalvermächtniß auch wohl substitutio obliqua s. fideicommissaria, im Gegensatze von substitutio directa, wohin man dann die Vulgar- und Pupillarsubstitution rechnet. Es gibt aber auch Singularvermächtnisse, die man aus gleichem Grunde ebenso nennt.

(*d*) §. 11. J. 2. 23. Dies kann auch stillschweigend geschehen (s. g. fideic. tacitum), z. B. fr. 114. §. 6. 7. 14. 15. D. 30. — fr. 67. §. 5. fr. 69. §. 3. fr. 77. §. 24. D. 31. — fr. 38. §. 3. 7. D. 32. — fr. 17. pr. fr. 74. pr. D. 36. 1. Damit ist aber das, was die Römer fideicommissum tacitum nannten, nicht zu verwechseln. Dies bestand darin, daß Jemanden heimlich zu Gunsten eines incapax ein Fideicommiß aufgegeben wurde. fr. 103. D. 30. — fr. 10. D. 34. 9. — fr. 3. §. 3. D. 34. 9. — fr. 3. §. 3. D. 49. 14. Vergl. oben §. 685 b. Note *d*.

(*e*) Nov. 159. S. darüber: Marezoll in Löhr's Mag. B. 4. (2.) S. 203. und Pfeiffer prakt. Ausf. B. 3. S. 53 ff. — Roßhirt B. 1. S. 152 ff. — Sintenis a. a. O. §. 209. bei Note 21 ff. — Uebrigens können fideicommissa familiae auch als Singularvermächtnisse vorkommen, und dieser Fall dürfte sogar der gewöhnlichere sein.

§. 728.

III. Von den Subjecten bei Universal-Vermächtnissen.

Die Personen, welche bei einem Universal-Vermächtnisse vorkommen, sind: 1. der fideicommittens (*), derjenige, welcher es anordnet, welches jetzt nur ein solcher sein kann, der testamenti factio (activa) hat (*a*); 2. der fideicommissarius, derjenige, welcher es erhalten soll, welches nur ein solcher sein kann, der testamenti factio (passiva) hat (*b*); 3. der fiduciarius, derjenige, welchem es auferlegt wird, welches jeder directe sowohl, als fideicommissarische Erbe sein kann (*c*).

(*) Diese, wie die beiden unter 2. und 3. vorkommenden Benennungen gebrauchen die Römer zunächst bei dem fideic. hered.

(*a*) Ulp. XXV. §. 4. — fr. 2. D. 30.

(*b*) Ulp. XXV. §. 6. — Gajus II. §. 284. — fr. 67. §. 3. D. 36. 1.

(*c*) §. 10. 11. J. 2. 23. — fr. 1. §. 6. D. 32. — fr. 8. §. 1. D. 29. 7.

§. 729.

IV. Art der Errichtung und Erwerbung derselben.

Errichtet werden kann ein Universal-Fideicommiß wie ein Singular-Vermächtniß, in jeder letztwilligen Disposition, auch gilt es ohne alle Form, wenn es vom Erblasser dem Erben schriftlich oder mündlich auferlegt worden ist, in welchem Falle der Fideicommissar es aber nur durch den Eid des Fiduciars erweisen kann (s. g. fideicommissum heredi praesenti iniunctum) (*a*). (S. oben §. 706.) Ebenso gelten die Grundsätze von der Modalität und Erwerbung der Singular-Vermächtnisse (711. 712.) auch von den Universal-Vermächtnissen (*b*).

(*a*) §. 2. J. 2. 25. — §. 12. J. 2. 23. — const. 32. C. 6. 42.

(*b*) §. 2. in fin. J. 2. 23. — Wegen der Erwerbung und Transmission eines Fideicommisses s. man: fr. 25. pr. fr. 44. pr. fr. 46. D. 36 1. — const. 22. C. 6. 42. und Geiger u. Glück merkw. Rechtsfälle B. 1. Nr. 8.

§. 730 a.

V. Wirkungen. A. Ehemalige Wirkungen der partitio legata.

Das s. g. legatum partitionis (*a*) hatte zunächst die Wirkung, daß der Erbe dem partiarius zur Herausgabe obligirt wurde. Dieser Verbindlichkeit konnte er vor Justinian, wenn er wollte, dadurch genügen, daß er den Werth der herauszugebenden Erbportion in Geld bezahlte (*b*). Zog er es aber auch vor, seine Erbportion in Natur mit dem Legatar zu theilen, so gingen doch weder Erbschaftsforderungen noch Erbschaftsschulden auf diesen über, sondern der Erbe haftete allein den Erbschaftsgläubigern und hatte allein an die Erbschaftsschuldner zu fordern. Da aber nach dem Willen des Testators der partiarius an demjenigen, was der Erbe den Gläubigern zu bezahlen hat, wie überhaupt an den hereditaria damna, seinen Antheil tragen und von demjenigen, was dieser von den Schuldnern einnimmt, so wie überhaupt von den hereditaria lucra, seinen Antheil erhalten soll, so mußten sie durch stipulationes partis et pro parte sich gegenseitig Caution leisten, daß dieses geschehen werde (*c*). — Dieses galt vor der Verordnung Justinian's, wodurch

die Legate und Fideicommisse einander gleichgestellt wurden. Seit dieser Verordnung haben die Befehlsweise angeordneten Universalvermächtnisse dieselbe Wirkung, die nach den folgenden Paragraphen den Bittweise angeordneten zukommt.

(*a*) Es konnte, so lange auf die alten Formeln gesehen wurde, nur per damnationem angeordnet werden. S. darüber Ulp. XXIV. §. 25. — Jac. Voorda Diss. de legato partitionis adi. Eiusd. Comm. ad Leg. Falc. p. 430. — Jo. Lud. Conradi Diss. de legato partitionis. Lips. 1756. — Hugo RG. S. 522. — Roßhirt B. 1. S. 125 ff.

(*b*) fr. 26. §. 2. fr. 27. D. 30. — fr. 32. §. 8. D. 33. 2. — v. Löhr im Arch. für die civ. Pr. B. 2. S. 191.

(*c*) Ulp. XXV. §. 14. 15. — §. 5. J. 2. 23.

§. 730 b.

B. Wirkungen der fideicommissaria hereditas. 1. Nach dem SCto. Trebelliano.

Die Wirksamkeit eines Universal-Fideicommisses hängt davon ab, daß der directe Erbe, dem es auferlegt ist, wirklich Erbe wird (§. 727.), alsdann ist derselbe aber auch zur Restitution verpflichtet (*a*). Wenn aber der directe Erbe einmal Erbe geworden war, so hörte er nach dem Grundsatze des Röm. Rechts: semel heres, semper heres, nicht auf, Erbe zu sein, wenn er auch die ganze Erbschaft als Fideicommiß hatte restituiren müssen, und konnte deshalb nach wie vor, sowohl gegen die Schuldner der Erbschaft klagen, als von den Erbschaftsgläubigern in Anspruch genommen werden. Der Fideicommissar hatte dagegen anfänglich die größte Aehnlichkeit mit einem partiarius, er war, wie dieser, blos Singular-Successor und es wurden zwischen ihm und dem directen Erben gegenseitig Stipulationen abgeschlossen, ähnlich wie beim legatum partitionis (§. 730 a.); diesen ging aber hier ein nummo uno abgeschlossener Scheinverkauf der Erbschaft oder Erbportion, welche zu restituiren war, voraus, und sie bezogen sich, je nach dem Gegenstande des Fideicommisses, entweder auf irgend eine Quote oder auch auf das Ganze (*aa*). Erst durch das Sctum Trebellianum (unter Nero a. u. 814.) wurde festgesetzt, daß nach der Restitution der Erbschaft alle Klagen, welche nach Civilrecht dem directen Erben und gegen denselben zustanden, von Rechtswegen als utiles actiones dem Fideicommissar nach Verhältniß seines Antheils an der Erbschaft zustehen, und gegen denselben sollten angestellt werden können. Dieser war jetzt also heredis loco, es wurde durch die Restitution eine Universal-Succession begründet und der erwähnte Scheinverkauf mit Stipulationen war nicht mehr nöthig (*b*).

(*a*) Der Fiduciar muß auch dem Fideicommissar fidejussorische Caution wegen der Restitution bestellen, wenn diese nicht sogleich verlangt werden kann. S. oben §. 714. Note *d*.

(*aa*) Gaj. II. §. 252.

(*b*) Gajus II. §. 253. — §. 4. J. 2. 23. — fr. 1. §. 2. D. 36. 1.

§. 731.

2. Nach dem Scto. Pegasiano.

Dem directen Erben stand es indeß immer noch frei, ob er die Erbschaft annehmen oder ausschlagen wollte, und das Letztere war besonders dann befürchten, wenn er die ganze Erbschaft restituiren sollte, mithin für

gar keinen Vortheil behielt. Um nun die Wirksamkeit der Fideicommisse auch von dieser Seite zu sichern, wurde durch das Sctum. Pegasianum (unter Vespasian) die Lex Falcidia auch auf die Universal-Fideicommisse angewendet und festgesetzt, daß der mit einem Universal-Fideicommiß beschwerte directe Erbe berechtigt sein solle, in jedem Falle wenigstens den vierten Theil des Nachlasses, oder doch seiner Erbportion für sich zu behalten, daß er dagegen aber auch zur Antretung der Erbschaft auf Verlangen des Fideicommissars rechtlich verpflichtet sein solle (*a*). Wer nun die Erbschaft gezwungen antrat, restituirte seine ganze Erbportion ex SCto. Trebelliano. Ebenso derjenige, welcher freiwillig antrat und die Quart frei hatte, die Quote, die ihm aufgelegt war. In allen diesen Fällen war vom Augenblick der Restitution an der Fideicommissar heredis loco und trat namentlich von selbst in die Erbschafts-Forderungen und Schulden (§. 730 b.) ein. Wer hingegen freiwillig antrat und die Quart nicht frei hatte, restituirte ex SCto. Pegasiano, und dabei mußten beide Theile einander wieder Caution durch stipulationes partis et pro parte wegen ihres verhältnißmäßigen Antheils (*aa*) an den lucris et damnis hereditariis leisten (*b*).

(*a*) Diese Quart heißt in den Quellen entweder quarta schlechthin, oder Falcidia, oder commodum legis Falcidiae. fr. 16. §. 9. fr. 22. §. 2. fr. 27. §. 10. fr. 30. D. 36. 1. Die Neueren nennen sie die quarta *Trebelliana*, offenbar auf Veranlassung des §. 7. J. 2. 23.

(*aa*) Nur wenn der freiwillig Antretende das Ganze restituirte, waren nicht diese Stipulationen abzuschließen, sondern diejenigen, von welchen im §. 730 b. bei Note *aa* die Rede war. Gaj. II. §. 257. in f. — §. 6. J. cit.

(*b*) Gaj. II. §. 254—259. — Ulp. XXV. §. 14—16. — §. 5. 6. J. 2. 23. In jenem Falle war also der Fideicommissar heredis loco, in diesem legatarii loco. Daher heißt es bei Gajus II. §. 251.: „is vero, qui recipit hereditatem, *aliquando* heredis loco est, *aliquando* legatarii."

§. 732.

3. Nach der Verschmelzung beider durch Justinian.

Justinian vereinigte das Recht des Scti. Pegasiani mit dem des Scti. Trebelliani, und nach dieser Verschmelzung beider Senatsconsulte mit einander gelten jetzt folgende Grundsätze: 1. der mit einem Universal-Fideicommiß beschwerte directe Erbe ist berechtigt, den vierten Theil seiner Erbportion für sich zu behalten (s. g. quarta Trebelliana §. 731. Note a.); 2. Forderungen und Schulden der Erbschaft gehen durch die Restitution immer auf den Fideicommissar ganz oder pro rata über, indem derselbe jetzt immer heredis loco ist (*a*); dagegen kann 3. der Fiduciar, wenn er nicht freiwillig antritt, zur Antretung gezwungen werden, in welchem Falle er das Recht auf die Quart und alle übrigen Vortheile aus dem letzten Willen des Verstorbenen verliert (*b*). Wenn übrigens 4. der Fiduciar angetreten hat und im Besitz der Erbschaft ist, so kann er vom Fideicommissar mit einer actio personalis ex testamento auf Herausgabe derselben belangt werden. Ist er nicht im Besitz, so muß er sie wenigstens mit Worten restituiren (*bb*) und der Fideicommissar hat alsdann die fideicommissaria hereditatis petitio gegen jeden, der sie pro herede oder pro possessore besitzt (*c*).

(*a*) Mit andern Worten: die Erbschaft wird auch dann ex SCto Trebelliano restituirt, wenn der Fiduciar die Quart nicht frei hat. §. 7. J. 2. 23. — const. 7. §. 1. C. 6. 49. — Löhr in s. Mag. B. 4. (2.) S. 85.

(*b*) fr. 4. fr. 27. §. 14. 15. fr. 43. fr. 55. §. 3. fr. 28. §. 1. D. 36. 1.

(*bb*) Dieses kann mit gleicher Wirkung auch geschehen, wenn er im Besitze ist.

(*c*) fr. 37. pr. fr. 63. pr. D. ibid. — Dig. 5. 6. Vergl. oben §. 692.

§. 733.

4. Von der quarta Trebelliana insbesondere.

Die jetzt s. g. quarta Trebelliana ist durchaus nichts weiter, als die auf die Universal-Fideicommisse angewandte Falcidia (*a*), und sie ist daher im Allgemeinen nach denselben Grundsätzen zu beurtheilen, welche von der Falcidia gelten. Daher ist 1. nur der directe Erbe zu dem Abzuge derselben berechtigt, nicht auch der mit einem Fideicommisse beschwerte Fideicommissar (*b*). 2. Sind mehrere directe Erben ernannt und mit Universal-Fideicommissen beschwert, so kann jeder die Quart von seinem Erbtheile für sich in Anspruch nehmen (*c*). 3. Der Abzug derselben geschieht von der ganzen Masse, ausgenommen, wenn es dem Erben erlaubt worden ist, eine Summe Geldes oder eine einzelne Sache, deren Werth einem Viertheile der Erbschaft gleichkommt, für sich zu behalten (*d*). 4. Der Erbe braucht sich auch hier nur dasjenige in die Quart einrechnen zu lassen, was er als Erbe, nicht auch, was er als Legatar aus der Erbschaft erhält (*e*). 5. In allen Fällen, in welchen die Falcidia von Singular-Vermächtnissen nicht abgezogen werden darf (§. 720.), fällt sie auch bei Universal-Fideicommissen weg (*f*), also nach Justinian's neuester Verordnung namentlich auch dann, wenn der Erblasser den Abzug derselben verboten hat (*g*) (*h*).

(*a*) Bei den Römern heißt sie daher auch immer nur die quarta, oder die Falcidia. — Joach. Theodoric. Moeller de quarta Trebellianica quam vocant et utrum aliqua parte differat a quarta Falcidia. Heidelb. 1815.

(*b*) Der Grund ist: „cum semel adita est hereditas, omnis defuncti voluntas rata constituitur." fr. 55. §. 2 fr. 22. §. 5. D. 36. 1. Ueber die Ausnahmen s. fr. 1. §. 19. fr. 63. §. 11. fr. 55. §. 2. D. ibid.

(*c*) arg. §. 1. J. 2. 22.

(*d*) §. 9. J. 2. 23. Ueber diesen Fall vergl.: Neuner die institutio ex re certa S. 94 ff. 107 ff. — v. Vangerow 6. Aufl. §. 536. S. 568 ff. — Mayer S. 39 ff.

(*e*) Gajus II. §. 254. sagt ausdrücklich: — „Senatus censuit, ut ei, qui rogatus esset hereditatem restituere, perinde liceret, quartam partem retinere, atque e lege Falcidia in legatis retinere conceditur." Noch deutlicher heißt es in Gaji Epit. lib. 2. tit. 7. pr.: — „Sed in hac quoque re hoc observandum est, quod de Falcidia supra iam dictum est, ut heres institutus, etiamsi omnem hereditatem alii restituere iussus sit, ita hereditatem alii restituat, ut quartam sibi ex ipsa hereditate retineat." Damit vergl. man fr. 74. fr. 30. §. 7. D. 35. 2. Ueber fr. 86. D. 35. 2. — fr. 91. D. ibid. — const. 24. C. 3. 36., aus denen man gewöhnlich die entgegengesetzte Meinung zu rechtfertigen sucht, s. man: Cujacii obss. lib. 8. c. 3. 4. — Höpfner Comm. §. 598. Note 3. §. 614. Note 1. — v. Lindelof im Archiv für die civ. Prax. B. 4. Nr. 30. — Roßhirt B. 1. S. 188 ff. — v. Vangerow §. 536. — Ueber die vom Fiduciar zu restituirenden Früchte s. man: fr. 18. pr. §. 1. 2. fr. 22. §. 2. fr. 27. §. 1. D. 36. 1. — const. 6. pr. C. 6. 49. — E. Hoffmann in Linde's Zeitschr. n. F. B. 1. Nr. 3.

(*f*) fr. 1. §. 18. fr. 3. §. 1. fr. 4. fr. 45. D. 36. 1.

(*g*) Nov. 1. c. 2. §. 2. S. darüber oben §. 720. Note *c*.

(*h*) Sind Notherben mit einem Universal-Fideicommiß beschwert, so gesteht man ihnen jetzt nach dem Canonischen Rechte den Pflichttheil und außerdem von dem übrigen Vermögen noch die Quart zu. cap. 16. 18. X. 3. 26. „Raynutius und Raynaldus." —

S. oben §. 717. Note *e.* und KIND quaest. for. Ed. I. T. 1. c. 40. T. 4. c. 74. Ed. II. T. 1. c. 50.

§. 734.

5. Zeit der Restitution.

Der Fiduciar muß das Fideicommiß zu der Zeit restituiren, zu welcher er es nach dem Willen des Stifters restituiren soll, und wenn dieser hierüber nichts bestimmt hat, sogleich nach Antretung der Erbschaft (*a*). In dem einen wie in dem andern Falle kann er die nothwendigen und nützlichen Kosten und Auslagen ersetzt verlangen, welche er auf das Fideicommiß verwendet oder für den Fideicommissar gemacht hat, wegen der impensae voluptuariae steht ihm nur ein ius tollendi zu (*b*); dagegen ist er aber auch verpflichtet, für den durch seine Schuld verursachten Schaden zu haften (*c*).

(*a*) fr. 41. §. ult. D. 32.

(*b*) fr. 19. §. 2. fr. 22. §. 3. D. 36. 1. — fr. 58. D. 30. — fr. 40. §. 1. D. 12. 6. — K. G. Fetzer Versuche zur Bild. des Röm. Rechts. S. 69—102.

(*c*) fr. 22. §. 3. D. 36. 1. — Hasse von der Culpa S. 272. 2te Ausg. S. 207.

§. 735.

6. Unveräußerlichkeit des Fideicommisses.

So lange der Fiduciar im Besitze und Genusse des Fideicommisses ist, ist er zwar Eigenthümer desselben, aber er darf in der Regel die dazu gehörigen Sachen nicht veräußern (*a*), es wäre denn, um Erbschaftsschulden zu bezahlen, oder um Schaden von dem Fideicommissar abzuwenden (*b*), oder daß der Testator es erlaubt hätte (*c*), oder alle Interessenten einwilligten (*d*). Hat er außerdem Sachen, die zum Fideicommiß gehören, veräußert, so ist die Veräußerung ungiltig und kann zwar nicht von ihm selbst, wohl aber von dem Fideicommissar, sobald dieser heredis loco ist, mit der utilis rei vindicatio angefochten werden. Auch hat der Fideicommissar zur Sicherheit seiner Forderung auf Restitution des Fideicommisses ein gesetzliches Pfandrecht an dem Erbtheile des Erben, der es restituiren soll (*e*). Ist dagegen dem Fiduciar blos aufgegeben, dasjenige dem Fideicommissar zu hinterlassen, was bei seinem, des Fiduciars, Tode von der Erbschaft noch übrig sein würde (fideicommissum eius, quod superfuturum est), so darf der Fiduciar nach neuerem Rechte über drei Viertheile der Erbschaft frei verfügen, und er braucht dem Fideicommissar nur ein Viertheil übrig zu lassen, wofür er aber auch Caution bestellen muß (*f*).

(*a*) Nach älterem Rechte durfte der Fiduciar frei veräußern, und der Fideicommissar hatte immer nur eine Forderung auf Restitution des Fideicommisses und auf Schadensersatz. fr. 3. §. 3. fr. 19. §. 2. fr. 70. §. 1. D. 36. 1. — Durch Justinians neuere Verordnung in const. 3. §. 2 3. C. 6. 43. — Nov. 159. — ist aber die Veräußerung der zum Fideicommisse gehörigen Sachen verboten und zu Gunsten des Fideicommissars für ungiltig erklärt. Vergl. Löhr im Mag. B. 4. (2.) S. 96., Zimmern im Arch. für civ. Praxis B. 8. S. 156. und Roßhirt B. 1. S. 201 ff.

(*b*) fr. 144. §. 14. D. 30. — fr. 38. pr. D. 32. — fr. 22. §. 3. D. 36. 1. — fr. 104. D. 46. 3.

(*c*) Auth. *Contra* C. 6. 49. — fr. 70. §. 3. fr. 71. 72. D. 31.

(*d*) const. 11. C. 6. 42. — fr. 120. §. 1. D. 30. Auch gehört hierher noch die Ausnahme, daß, wenn dem Fiduciar aufgegeben worden ist, die Erbschaft erst bei seinem

Tode zu restituiren, derselbe einzelne dazu gehörige Sachen veräußern darf, wenn er ohne diese Veräußerung keine dos oder donatio propter nuptias bestellen könnte. Nov. 39. c. 1. vergl. mit Nov. 108. c. 1. — Marezoll in Löhr's Mag. B. 4. (2.) S. 223.

(*e*) const. 1—3. C. 6. 43. — Nov. 108. c. 2. — Nov. 159. Vergl. oben §. 314, Note *f*.

(*f*) Ueber das ältere Recht: fr. 54. fr. 58. §. 7. 8. D. 36. 1. — fr. 70. §. 3. fr. 71. 72 D. 31. — Westphal von Vermächtnissen und Fideicommissen Th. 2. S. 1146. Ueber das neuere Recht: Nov. 108. c. 1. u. 2. — Jo. Aug. Reichardt de fideicommisso eius quod superfuturum erit. Jenae 1785. — Quistorp rechtl. Bemerkungen Th. 2. Nr. 14. — Roßhirt B. 1. S. 154.

§. 736.

VI. Erlöschung des Universalvermächtnisses.

Ein Universalvermächtniß erlischt, außer in den Fällen, wo die Disposition, in welcher es errichtet wurde, ungiltig ist oder wird (*a*): 1. wenn der Fideicommissar darauf Verzicht leistet (*b*); 2. wenn er stirbt, ehe er ein Recht darauf erworben hat; 3. wenn die Bedingung, von welcher es abhängig gemacht ist, nicht eintritt (*c*), und 4. wenn die Familie, für welche es gestiftet ist, ausstirbt (*d*), oder wenn sämmtliche Familienglieder in die Aufhebung oder Veräußerung desselben einwilligen (*e*).

(*a*) const. 29. C. 6. 42.
(*b*) const. 26. C. 6. 42. Vergl. const. 1. 16. C. 2. 3. — const. 11. C. 2. 4.
(*c*) fr. 102. D. 35. 1. — const. 30. C. 6. 42. — const. 3. §. 3. C. 6. 43.
(*d*) fr. 78. §. 3. D. 31. Vergl. oben §. 727. Note *e*.
(*e*) const. 11. C. 6. 42. Vergl. §. 735.

Viertes Kapitel.

Von der mortis causa donatio et capio (*a*).

§. 737.

I. Mortis causa donatio. A. Begriff derselben.

Eine Schenkung auf den Todesfall (mortis causa donatio) ist: 1. dann vorhanden, wenn Jemand wegen einer ihm bevorstehenden Lebensgefahr dem Andern etwas schenkt (*b*); 2. wenn Jemand bei seinen Lebzeiten und ohne Rücksicht auf eine besondere Gefahr, aber doch im Hinblick auf den Tod überhaupt, von seinem Vermögen einem Andern schenkungsweise etwas zuwendet (*c*). In beiden Fällen ist die Wirkung der Schenkung auf den Todesfall dadurch beschränkt, daß der Schenker dieselbe, so lange er lebt, widerrufen kann, wenn er nicht darauf verzichtet hat, und daß der frühere Tod des Beschenkten sie nothwendig rückgängig macht (*d*). In dem ersten Falle kommt noch die weitere Beschränkung hinzu, daß die Schenkung auch dann rückgängig wird, wenn der Schenker die Gefahr, wegen welcher er die Schenkung gemacht hat, glücklich übersteht (*dd*). Zur Errichtung einer solchen mortis causa donatio ist nun aber die Mitwirkung des Beschenkten eben so wesentlich erforderlich, als zur Errichtung einer Schenkung unter Lebenden. Auch entscheidet über die dabei zu beobachtenden Förmlichkeiten dieselbe Regel wie bei Schenkungen unter Lebenden (*e*), nur mit der Ausnahme, daß nach Justinian's Verordnung die gerichtliche Insinuation bei großen Schenkungen auf den Todesfall unterbleiben kann, wenn dafür fünf Zeugen zugezogen werden (*f*).

(*a*) §. 1. J. 2. 7. — Dig. 39. 6. — Cod. 8. 57. — DONELLI comm. iur. civ. Lib. 14. cap. 33. — J. F. JUNGHANS Diss de mortis causa donationum indole. Lips. 1785. — HAUBOLD Diss. de mortis causa donationum coniecturis ex mortis mentione capiendis. Lips. 1792. in *Eiusd.* opusc. acad. ed. WENCK. Vol. I. pag. 439. et praef. WENCKII p. XXXVI. — Schirach im Arch. für civ. Pr. B. 2. Nr. 31., vergl. mit dessen Beitr. zur Anwend. des Rechts. Vorrede und Nr. 6. — Wilh. Müller über die Natur der Schenkung auf den Todesfall. Gießen 1827. (Darüber: Zimmern in der Tüb. krit. Zeitschr. B. 3. S. 234.) — Hasse über die Schenkung Todes halber; im Rhein. Museum für Jurispr. 2r. Jahrg. S. 300. — v. Schröter über die mortis causa donatio; in Linde's und Marezoll's Zeitschr. B. 2. S. 97. (Darüber: Hasse im Rhein. Museum Jahrg. 3. S. 371.) — Roßhirt Verm. B. 1. S. 80 ff. — Wiederhold in Linde's Zeitschr. B. 15. S. 96 ff. — Liebe die Stipulat. S. 384 ff. — A. F. FESTER de mort. causa donat. Heidelb. 1841. — v. Savigny Syst. §. 170 ff. B. 4. S. 239 ff. — v. Vangerow §. 561—563. — v. Keller Grundr. §. 339. — Dessen Pand. §. 69.

(*b*) §. 1. J. 2. 7. — THEOPHILUS ad h. l. — fr. 26. pr. D. 16. 3. — fr. 2—7. fr. 29. D. 39. 6.

(*c*) §. 1. J. cit. — fr. 1. 2. D. 39. 6.

(*d*) fr. 13. §. 1. fr. 26. fr. 27. fr. 35. §. 2. 4. fr. 42. §. 1. D. 39. 6. — Nov. 87. c. 1.

(*dd*) S. Note *b*.

(*e*) Vat. Fr. §. 249. — const. 1. C. Th. 8. 12. — const. 25. C. 8. 54.

(*f*) const. 4. C. 8. 57. Vergl.: v. Schröter S. 135 ff. — Elvers prakt. Arb. Rost. 1836. S. 12 ff. — v. Savigny S. 261 ff. — A. M. Wiederhold a. a. O., welcher wieder zu vertheidigen sucht, daß Justinian hier eine ausschließliche Form für alle Schenkungen auf den Todesfall eingeführt habe. Dagegen s. aber v. Vangerow §. 563.

§. 738.

B. Rechtliche Natur derselben.

Die mortis causa donatio hat nun: A. mit einem Vermächtnisse das gemein, daß der damit Bedachte vor dem Tode des Schenkers kein festes Recht dadurch erwirbt (§. 739.). Dieß veranlaßte, daß einige Regeln, die zunächst für Vermächtnisse gelten, durch positive Bestimmungen auf diese Schenkung übertragen wurden. So wurde sie namentlich (*a*) dem Abzug der Falcidia (§. 718 Note *a.*) unterworfen (*b*), auch wurde das Anwachsungsrecht, wie es bei Vermächtnissen gilt (*c*), und die Mucianische Caution (*d*) auf sie ausgedehnt. Auch erklärte sich ein Theil der klassischen Rechtsgelehrten für die analoge Anwendung mancher andern von den Vermächtnissen geltenden Regeln auf die mortis causa donationes, und Justinian billigte diese Ansicht (*e*). So gelten z. B. (*f*) nach dem Justinianeischen Rechte über die Anfechtung dieser Schenkungen durch die Gläubiger dieselben Regeln, wie wenn es sich um Vermächtnisse handelte (*g*); auch kann der auf den Todesfall Beschenkte mit Vermächtnissen eben so belastet werden, wie wenn ihm das Geschenkte vermacht wäre (*h*). B. Dabei ist aber die *mortis causa donatio* eine Art der Schenkung, und damit hängen, außer der Eigenheit, daß der Beschenkte bei der Handlung mitzuwirken hat, noch besonders folgende Regeln zusammen, durch welche sie sich von Vermächtnissen wesentlich unterscheidet: 1. Zu ihrer giltigen Errichtung ist weder die s. g. testamenti factio activa (*i*) noch passiva (*k*) erforderlich, wohl aber die Fähigkeit Schenkungen abzuschließen (*kk*). 2. Es kommt kein Onerirter dabei vor. 3. Es kommt dabei nicht auf die Codicillarform an (§. 737.). 4. Der Schenker kann dabei auf den freien Widerruf verzichten (§. 739.). 5. Ihre Giltigkeit und Wirksamkeit hängt nicht davon ab, ob Jemand und wer die Erbschaft antritt (*l*). 6. Wer ein Testament als verfälscht oder als inofficios ohne

Erfolg bestreitet, verliert deswegen die ihm von dem Erblasser zugewendeten mortis causa donationes nicht (*ll*). 7. Eine mortis causa donatio hat, soweit ihre Widerruflichkeit nicht im Wege steht, dieselben Wirkungen und erzeugt namentlich auch dieselben Rechtsmittel, wie eine Schenkung unter Lebenden (*lll*). 8. Niemals erzeugt sie eine Universalsuccession (*m*). 9. Von dem interdictum quod legatorum kann bei ihr kein Gebrauch gemacht werden (*n*). 10. Macht eine jährliche Rente den Gegenstand einer mortis causa donatio aus, so wird dieß nur als Eine Schenkung betrachtet (*o*), während das legatum annuum als mehrere Legate in sich begreifend angesehen wird (§. 709. 712.). 11. Widerruft ein Erblasser alle Vermächtnisse, ohne der mortis causa donationes ausdrücklich zu erwähnen, so sind diese nicht für aufgehoben zu halten.

(*a*) Die Lex Furia und die Lex Voconia (§. 716. Note *b*.) bezogen sich auf m. c. donationes wie auf Legate. Gaj. II. §. 225. 226. IV. §. 23. — Ulp. I. §. 2. — S. auch unten Note *k*.

(*b*) fr. 27. D. ibid. — const. 5. C. 6. 50. — const. 2. C. 8. 57.

(*c*) const. un. §. 14. C. 6. 51. von Justinian.

(*d*) Nov. 22. c. 44. von Justinian.

(*e*) Vergl. v. Schröter S. 112 ff. — Hasse B. 2. S. 353 ff. B. 3. S. 378 ff. — v. Savigny S. 267 ff.

(*f*) Andere Beispiele findet man: 1. in fr. 3. pr. fr. 5. §. 7. fr. 20. pr. D. 37. 5.; 2. in fr. 7. D. 39. 6. — fr. 32. D. 24. 1; 3. in fr. 1. §. 2. D. 7. 9.; 4. in fr. 8. §. 3. D. 28. 7.; 5. in fr. 15. D. 39. 6.; 6. in fr. 8. §. 1. D. 2. 15.

(*g*) fr. 17. D. 39. 6. — So auch, wenn der Patron sie wegen Verletzung seines Pflichttheils angreift. fr. 1. §. 1. D. 38. 5. Ueber pflichttheilsberechtigte Verwandte fehlt es an einer ausdrücklichen Entscheidung. S. Glück Comm. Th. 7. S. 108 ff. — Francke Notherbenr. S. 535 ff. — Mühlenbruch Comm. Th. 36. S. 138.

(*h*) fr. 11. D. 33. 4. — fr. 77. §. 1. D. 31. — const. 1. C. 8. 57. — const. un. §. 8. C. 6. 51.

(*i*) Das Gegentheil beweisen nicht: fr. 32. §. 8. D. 24. 1. — fr. 7. §. 6. D. 39. 5. — fr. 1. §. 1. D. 27. 3. Vergl. Hasse B. 2. S. 360 ff. — v. Schröter S. 118 ff. — Fester cit. p. 20 seqq. — v. Savigny S. 259 ff.

(*k*) Dagegen wurden die Bestimmungen der Lex Iulia et Papia Poppaea über incapacitas durch einen Senatsbeschluß auf mortis c. donationes ausgedehnt. fr. 9. 35. 37. D. 39. 6. — Vat. Fr. §. 259.

(*kk*) Daraus erklärt sich auch fr. 25. §. 1. D. ibid. Vergl. Fritz im Archiv für die civ. Prax. B. 6. S. 203.

(*l*) fr. 32. D. ibid.

(*ll*) fr. 5. §. 17. D. 34. 9.

(*lll*) Ueber fr. 1. §. 2. fr. 2. D. 6. 2., worauf man oft die Behauptung gestützt hat, das Eigenthum gehe, wie an der legirten Sache des Erblassers, ipso iure über, vergl. v. Schröter S. 117. Nr. 5. — Hasse B. 2. S. 325 ff., besonders S. 348 ff. — v. Savigny S. 245 ff. — v. Vangerow §. 561.

(*m*) So wenig als die Schenkung unter Lebenden eine solche erzeugt (§. 431. Note *h*.). Vergl. Müller S. 141 ff. — Hasse B. 2. S. 363 ff. B. 3. S. 13 ff. — v. Schröter S. 123.

(*n*) fr. 1. §. 5. D. 43. 3.

(*o*) fr. 35. § 7. D. 39. 6.

§. 739.

C. Erlöschen derselben.

Die Schenkung auf den Todesfall erlischt insbesondere: 1. wenn der Schenker dieselbe widerruft (*a*), was ihm zu jeder Zeit frei steht, wenn nicht durch besondern Vertrag (ne revocetur) die Reue ausgeschlossen ist (*aa*). Sollte sie indeß mit Rücksicht auf eine besondere Todesgefahr, in welcher sich der Schenker gerade befand, gemacht worden sein, so erlischt sie auch ohne Revocation, wenn der Schenker die Gefahr glücklich übersteht (*b*). 2. Wenn der Donatar vor dem Schenker stirbt (*c*). Wird eine mortis causa donatio aus

einem oder dem andern Grunde ungiltig, so kann der Schenker oder dessen Erbe die geschenkten körperlichen Sachen (*d*), wenn sie noch in Natur vorhanden sind, mit der rei vindicatio (*e*) wiederfordern, und sind andere Gegenstände geschenkt, oder die geschenkten nicht mehr vorhanden, die condictio sine causa, oder eine actio in factum anstellen (*f*).

(*a*) Dabei gelten ganz die Grundsätze von der ademtio legatorum. S. oben §. 722.
(*aa*) fr. 13. §. 1. fr. 35. §. 4. D. 39. 6.
(*b*) §. 1. J. 2. 7. — fr. 29. D. 39. 6.
(*c*) fr. 26. D. ibid.
(*d*) Die durch eine m. c. donatio eingeräumten Rechte sind entweder so eingeräumt, daß sie erst im Augenblicke des Todes des Schenkers, wenn die Schenkung giltig bleibt, geltend gemacht werden können, oder doch so, daß, wenn die Schenkung ungiltig wird, Restitution stattfinden soll. Das Erstere gilt namentlich bei Schenkungen, durch welche Forderungen gegen den Schenker (oder vielmehr gegen seine Erben) begründet werden. fr. 34. D. 39. 6. — v. Schröter S. 101 und 105. — Hasse B. 3. S. 377. Das Letztere ist im Zweifel anzunehmen, wenn die Schenkung eine realisirte Veräußerung, z. B. eine Handlung, wodurch Eigenthum übertragen wird, enthält. fr. 1. pr. D. 39. 5. Es kann aber auch ausgemacht werden, daß das Eigenthum erst bei dem Tode des Schenkers übergehen soll. fr. 2. in fin. fr. 29. D. 39. 6. Vgl. v. Schröter S. 101. und 104. — Hasse 2. S. 328 ff. — v. Savigny S. 246 ff.
(*e*) Diese ist vor Allem in dem am Ende der Note *d*. berührten Falle zulässig, aber schon zur Zeit Ulpian's auch eben so, wenn das Eigenthum schon übergegangen war. fr. 29. cit.
(*f*) fr. 18. §. 1. fr. 35. §. 3. fr. 37. §. 1. D. 39. 6.

§. 740.

III. Mortis causa capio (*).

Unter mortis causa capio (*a*) wird im weitern Sinne Alles verstanden, was man bei dem Tode eines Menschen erwirbt, also auch Erbschaften, Legate, Fideicommisse und Schenkungen auf den Todesfall (*aa*). Im engern Sinne hingegen werden nur diejenigen Erwerbungen auf den Todesfall darunter begriffen, die sonst keinen besondern Namen haben (*aaa*). Dahin gehört nun insbesondere: 1. dasjenige, was Jemand bei einem Todesfalle zur Erfüllung einer Bedingung von einem Andern erhalten soll (*b*); 2. die Schenkung, welche durch den vor dem Tode des Beschenkten erfolgten Tod eines Dritten Giltigkeit erlangt (*c*); 3. die dos receptitia, welche durch den Tod der Frau an den Besteller zurückfällt (*cc*); endlich 4. alles, was Jemand dafür erhält, daß er eine Erbschaft antritt (*d*), oder dafür, daß er dieselbe ausschlägt, damit sie an die Substituten oder Intestaterben falle (*e*).

(*) Jo. Fr. Loeffler Diss. de mortis causa capionibus. Lips. 1751. — Roßhirt Verm. B. 1. S. 78 ff. — v. Keller Grundr. §. 339, I.
(*a*) Der Ausdruck m. c. capere kommt schon in der lex Furia und in der lex Voconia vor, bedeutet aber hier wohl nichts anderes, als den Erwerb aus einem m. c. donatio. Die angeführten weiteren Bedeutungen scheinen erst in Folge der lex Falcidia und der lex Julia et Papia Poppaea aufgekommen zu sein. v. Keller a. a. O.
(*aa*) fr. 8. pr. D. 39. 6.
(*aaa*) fr. 31. pr. fr. 38. D. 39. 6.
(*b*) fr. 1. §. 8. fr. 30. §. 7. fr. 91. D. 35. 2. — fr. 8. pr. fr. 31. §. 2. fr. 36. 38. D. 39. 6. — Roßhirt a. a. O. S. 79. 376 ff.
(*c*) fr. 18. pr. D. 39. 6.
(*cc*) fr. 31. §. 2. D. ibid.
(*d*) fr. 21. fr. 31. §. 2. D. ibid. So wie, was eine Frau erhält, damit sie die missio ventris nomine erwirkt. fr. 12. eod.
(*e*) fr. 8. pr. D. ibid. Oder dafür, daß er ein Vermächtniß aufgibt. fr. 31. §. 2. cit.

Register.

(Die Zahlen gehen auf die Paragraphen.)

A.

D.

J.

K.

L.

Q.

R.

S.

Berichtigungen und Zusätze.

Band 1. Seite 96 Note *d* ist zweimal zu lesen: Ficker statt Fricker.

" " " 129 Nr. 2 am E. ist zuzusetzen: Zeitschrift für Rechtsgeschichte, herausgegeben von Rudorff, Bruns, Roth, Merkel und Bölau. Weimar 1861 ff.

" " " 131. Von Ed. Böcking's Abriß der Institutionen ist 1862 eine zweite verbesserte Auflage erschienen, unter dem doppelten Titel: Römisches Privatrecht, und: Institutionen des Römischen Civilrechts.

" " " 134. Von Puchta's Lehrbuch der Pandekten ist 1863 die neunte und von dessen Vorlesungen 1862 die fünfte Auflage erschienen. Von Arndts' Lehrbuch erschien 1861 die vierte Auflage. — Bernhard Windscheid Lehrbuch des Pandekten-Rechts. Bd. 1. Düsseldorf 1862.

" " " 134 unten. Von Vangerow's Lehrbuch erschien 1863 die siebente Auflage des 1. Bandes.

" " " 134 unter D. ist noch zu citiren: Matthiä Contraversenlexicon des Römischen Civilrechts. Leipzig 1856. 1859. 2 Bände. 4.

" " " 139. Von Girtanner's Rechtsfällen erschien 1857 die dritte Auflage.

" " " 141 gegen das Ende sind noch anzuführen: Lenz Studien und Kritiken im Gebiete des Preußischen, Römischen und Deutschen Rechts. Greifswald 1847. — Holtius Abhandlungen civil- und handelsrechtlichen Inhalts, übersetzt von Sutro. Utrecht 1852. — Demelius Untersuchungen aus dem Römischen Civilrecht. B. 1. Weimar 1856. — Schaaff Abhandlungen aus dem Pandekten-Recht. Heft 1 u. 2. Heidelberg 1857 und 1860.

" " " 147 Note *c* oder S. 170 Note *a*. Den Begriff von juristischen Personen wollen neuerlich ganz verwerfen und ihm den Begriff von Zweckvermögen substituiren: Brinz Pand. S. XI und 172. — Demelius die Rechtsfiction in ihrer historischen und dogmatischen Bedeutung. Weimar 1858. S. 85 ff. — Derselbe in v. Gerber's und Ihering's Jahrb. B. 4. Nr. 2. — Dagegen s. aber: Arndts' Pand. 3. u. 4. Aufl. §. 41. Anm. 4. — Unger in der krit. Ueberschau B. 6. S. 156 ff. — Arndts in Pözl's krit. Vierteljahrschr. B. 1. S. 93 ff. — Fitting ebendas. S. 583 ff. Vergl.: Windscheid Pand. B. 1. §. 49. 57 ff.

" " " 221 Note *b* ist zu citiren: Demelius Untersuchungen Nr. 1.

" " " 221 Note *c* in dem Citat aus Unterholzner ist zu lesen §. 256 statt S. 256.

" " " 222 unten Note *a* ist dem Citat aus Unterholzner beizufügen: zweite Aufl. S. 305 ff.

Berichtigungen und Zusätze.

Seite 94 Note 4 ist zweimal zu lesen: Pfister statt Pfeifer.

129 Note am S. 18 zuzufügen: [illegible] Schwarzwalde, [illegible] von A. [illegible] Reith, Aberli und Bilder. [illegible] 1865 ff.

135 [illegible] Sch[illegible]'s Werk des [illegible] 1863 eine [illegible] verbesserte Auflage erschienen, unter dem Titel des [illegible] Inhalt: [illegible].

148 [illegible] Von [illegible] der [illegible] 1863 die [illegible] Auflage [illegible] Beschreibung [illegible] die fünfte Auflage [illegible] 1871 die vierte Auflage. — [illegible] des [illegible] 1. [illegible] 1862.

153 unten. Von [illegible] Erzählungen erschien 1869 die siebente Auflage des 1. Bandes.

164 unter D. ist noch zuzufügen: [illegible] der [illegible]. Leipzig 1865. 1866. 2 Bände. 8.

185. Von [illegible] erschien 1867 die dritte Auflage.

191 unten [illegible] zuzufügen: [illegible] und [illegible] des [illegible] und [illegible] 1861 und [illegible] — [illegible] 1860. — [illegible] 1867 und 1869.

197 Note 4 oder S. [illegible] Note a. [illegible] sollen [illegible] und [illegible] Bd. XI und XII. — [illegible] S. 59 ff. — [illegible] S. [illegible] Nr. 2. — [illegible] S. 41 [illegible] S. 148 ff. — [illegible] S. 64 ff. — [illegible] S. 40. 42 ff.

221 Note 4 [illegible] Nr. 4.

224 Note [illegible]

232 unten Note 2 [illegible] S. 303 ff.

Dr. Ferdinand Mackeldey's

Lehrbuch

des

Römischen Rechts.

Vierzehnte vielfach veränderte Original-Ausgabe,

besorgt durch

Dr. Johann Adam Fritz.

Zweiter Band.

Besonderer Theil.

Wien.

Verlag von Carl Gerold's Sohn.

1863.